

Sygn. akt XXV C 1492/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 lipca 2016 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Monika Włodarczyk

Protokolant: st. sekretarz sądowy Monika Rakoczy-Ordanik

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2016 r. w Warszawie

sprawy z powództwa **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad**

przeciwko **Przedsiębiorstwu Produkcyjno-Handlowo-Uslugowemu (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K.**

**z udziałem interwenienta ubocznego po stronie pozwanej J. M.**

o zapłatę

I. oddała powództwo w całości;

II. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Uslugowego (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. kwotę 4 703,50 zł (cztery tysiące siedemset trzy złote 50/100) tytułem zwrotu kosztów postępowania w tym kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w sprawie;

III. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz interwenienta ubocznego J. M. kwotę 5 883,50 zł (pięć tysięcy osiemset osiemdziesiąt trzy złote 50/100) tytułem zwrotu kosztów postępowania w tym kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w sprawie;

IV. nakazuje zwrócić pozwanemu Przedsiębiorstwu Produkcyjno-Handlowo-Uslugowemu (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. ze środków Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 1 913,50 zł (jeden tysiąc dziewięćset trzynaście złotych 50/100) tytułem różnicy pomiędzy wysokością zaliczki uiszczonej na poczet wynagrodzenia biegłego a rzeczywiście należnej;

V. nakazuje zwrócić interwenientowi ubocznemu J. M. ze środków Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 1 913,50 zł (jeden tysiąc dziewięćset trzynaście złotych 50/100) tytułem różnicy pomiędzy wysokością zaliczki uiszczonej na poczet wynagrodzenia biegłego a rzeczywiście należnej.

Sygn. akt **XXV C 1492/14**

## UZASADNIENIE

**Pozwem z 12 września 2014 r. (data nadania w placówce pocztowej k. 306)** Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad wniósł o zasądzenie nakazem zapłaty wydanym w postępowaniu upominawczym od Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Usługowego (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. kwoty 118 000 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 08 grudnia 2012 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie kosztów postępowania wg norm przepisanych, przy czym w zakresie kosztów zastępstwa procesowego o zasądzenie ich na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (k. 2 - 25)

W uzasadnieniu pozwu wskazał, że strony w dniu 21 czerwca 2011 r. zawarły umowę, której przedmiotem była realizacja przez pozwanego zadania pn. „Zaprojektowanie i wykonanie przebudowy mostu przez potok (...)w miejscowości B., w ciągu drogi krajowej nr (...) W.-J., w km 153+931 wraz z przebudową dojazdów oraz istniejących sieci uzbrojenia terenu kolidujących z planowanym zadaniem inwestycyjnym”, którego nazwa na etapie prac projektowych ulegała zmianie na „rozbudowę mostu”. W ramach w/w zadania do pozwanego należało przygotowanie projektu koncepcyjnego przebudowy mostu, a po zaakceptowaniu rozwiązania, przygotowanie dokumentów wymaganych do uzyskania decyzji (...), decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach a następnie wykonanie obiektu. Powód zaznaczył, że od początku pozwany pozostawał w opóźnieniu albowiem już na pierwszym spotkaniu Zespołu (...) pozwany przedstawił koncepcje, które nie były możliwe do zaakceptowania, a która została wybrana dopiero w dniu 31 sierpnia 2011 r. Również pozostałe dokumenty przygotowywane przez pozwanego nie były prawidłowe, wymagały uzupełnienia braków. Nienależyte działania pozwanego skutkowały m.in. opóźnieniem poprzez dwukrotne uzupełnianie karty informacyjnej koniecznej do uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, która została ostatecznie wydana dopiero w dniu 27 lutego 2012 r.

Powód podał również, iż dalsze prace, w tym w zakresie przekazania operatu wodnoprawnego w celu przedłożenia Staroście (...) miały miejsce dopiero 18 kwietnia 2012 r., co skutkowało uzyskaniem pozwolenia wodnoprawnego w dniu 21 maja 2012 r. Następnie pozwany złożył dokumentację projektową, niemniej jednak, była ona dotknięta brakami wobec czego inwestor był wzywany do uzupełnienia najpierw braków formalnych wniosku o wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, których wykonanie należało do Wykonawcy. Ostatecznie przedmiotowy wniosek został pozostawiony bez rozpoznania. Również w późniejszym terminie poprawiona dokumentacja nie została przekazana, pomimo, że powód dwukrotnie wzywał pozwanego do uzupełnienia jej braków.

Powód zaznaczył, iż zawarta umowa w sposób jednoznaczny określała oczekiwania Zamawiającego, zakres konieczny do wykonania dokumentacji i zakres robót budowlanych, oraz, że zakres robót nie uległ zmianie na skutek modyfikacji nazwy zadania.

Już na tym etapie po stronie wykonawcy występowały opóźnienia w stosunku do założeń harmonogramu wobec czego powód wezwał go do jego uaktualnienia, z którego wynikało, że pozwany nie rozpocznie prac budowlanych w 2012 roku.

Zdaniem powoda zachowanie pozwanego stanowiło typową zwłokę, której przyczyny wystąpienia leżały po stronie pozwanego. Z uwagi na nie złożenie prawidłowej dokumentacji, powód wezwał powoda do poprawy a następnie w dniu 14 września 2012 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od kontraktu za 14-dniowym uprzedzeniem na podstawie subklauzuli 15.2 a i c oraz art. 635 k.c. i art. 656 k.c. Podstawę wypowiedzenia stanowiło zgodnie z klauzulą 15.1 i 8 Warunków Kontraktu, nie zastosowanie się do wezwania i uchylanie się od prowadzenia robót. Wskazał również, że postęp prac był zbyt wolny aby pozwany ukończył je w Czasie na Ukończenie. Zajęte przez powoda stanowisko zostało podtrzymane pismem z dnia 10 października 2012 r., w którym wskazał, że odstąpienie nastąpiło z winy Wykonawcy, który opóźnił się z rozpoczęciem kolejnego etapu prac tak dalece, a postęp był tak wolny, że stało się oczywistym, iż ukończenie prac nie nastąpi w ustalonym terminie.

Z uwagi na odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, powód naliczył karę umowną w wysokości 118 000 zł, która stanowiła 10% zatwierdzonej kwoty kontraktowej brutto i wezwał do jej zapłaty w dniu 19 listopada 2012 r. Wobec braku zapłaty żądanej kwoty powód w dniu 28 marca 2014 r. zaważwał pozwanego do próby ugodowej.

Jako podstawę prawną roszczenia powód wskazał art. 483 § 1 k.c., art. 484 § 1 k.c. i subklauzulę 8.7 pkt. c Warunków Kontraktu, zgodnie z którymi doszło do skutecznego zastrzeżenia kary umownej oraz odnośnie zdarzenia uzasadniającego jej naliczenie, powołał się na zapisy subklauzuli 15.2 lit. a i c Warunków Kontraktu oraz art. 635 k.c. w zw. z art. 656 k.c. wobec licznych błędów projektowych i zwłoki w przekazaniu przez pozwanego poszczególnych opracowań projektowych umożliwiających występowanie o wydanie poszczególnych decyzji administracyjnych.

W ocenie powoda program funkcjonalno-użytkowy prawidłowo opisywał przedmiot i zakres inwestycji, tj. kluczowy zakres prac i warunki związane z koniecznością realizacji inwestycji, który nie uległ zmianie pomimo zaproponowanej zmiany nazewnictwa z przebudowy na rozbudowę. Zaznaczył również, że pozwany od początku wiedział jaki rodzaj decyzji ma uzyskać, co zostało sprecyzowane w materiałach przetargowych, SIWZ, Formularzu Umowy

i (...). Ponadto oczywiste było, że uzyskanie decyzji (...) będzie konieczne wyłącznie w przypadku niewystarczającego pasa drogowego i konieczności realizacji poprzez rozbudowę drogi.

W zakresie odsetek, powód uznał, że należą się od pierwszego dnia po upływie 14 dni wyznaczonych w wezwaniu do zapłaty wystosowanym w dniu 19 listopada 2012 r.

a doręczonym pozwanemu w dniu 23 listopada 2012 r. (k. 2-25)

W dniu 24 września 2014 roku został wydany nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym w całości uwzględniający roszczenie powoda, którego odpis został doręczony pozwanemu w dniu 3 października 2014 r. (k. 307, zpo k. 311)

**W dniu 7 października 2014 r.** (data nadania w placówce pocztowej k. 414) pozwany złożył skutecznie sprzeciw od nakazu zapłaty, w którym wniósł o oddalenie powództwa, zasądzenie kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego a także

o zawiadomienie o toczącym się postępowaniu J. M. i o możliwości przystąpienia do sprawy w charakterze interwenienta ubocznego.

W pierwszej kolejności pozwany zaprzeczył aby to powód skutecznie odstąpił od umowy i tym samym zostały spełnione warunki z klauzuli 8.7 WK. Zakwestionował prawidłowość złożonego przez powoda oświadczenia z dnia 14 września 2012 r. z uwagi na wadliwość formalną oraz oparcie go na przesłankach niezależnych i niezawinionych przez pozwanego.

Zaprzeczył, aby przesłanką odstąpienia od umowy była wina Wykonawcy w zaistniałym opóźnieniu, tj. uchylanie się od prowadzenia robót bez rozsądnego usprawiedliwienia. Zaznaczył, że taka sytuacja nie miała miejsca albowiem w toku wykonania prac projektowych, które powierzono podwykonawcy ustalono, że realizacja zadania zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w umowie i (...) nie jest możliwa. Podniósł, że zamierzenie, które chciał zrealizować powód nie odpowiadało definicji przebudowy obiektu określonej w art. 3 pkt. 7a ustawy prawo budowlane albowiem ostatecznie powód nie żądał przebudowy ale rozbudowy mostu. Przedmiotowa zmiana rzutowała natomiast na parametry obiektu, np. poszerzenie jezdni czy wejście w inne działki, co związane było z pracami dodatkowymi, przy czym o zawarcie umowy na w/w prace zwrócił się 4 lipca 2012 r. Zaznaczył również, że zmiana rodzaju przedmiotu umowy wpływała na zakres wymaganej dokumentacji i przeprowadzenia innych czynności. Wskazał, iż rozbudowa mostu wymaga więcej czasu a gdyby wiedział, iż to będzie przedmiotem umowy nie wzięby udziału w przetargu. Zarzucił, że to powód w sposób nieuprawniony określił przedmiot i nazwę inwestycji.

Wskazał na zapisy art. 140 ust. 3 pzp podnosząc, iż przedmiotowa regulacja zakazuje rozszerzania przedmiotu świadczenia wykonawcy ponad Opis Przedmiotu Zamówienia zawartego w SIWZ a każde wyjście poza zakres skutkuje unieważnieniem w tej części umowy.

Podniósł, że w realiach niniejszej sprawy odstąpienie od umowy wynikało z chęci uniknięcia przez powoda odpowiedzialności za błędy popełnione na etapie przygotowania inwestycji oraz ostatecznie za utratę finansowania w 2013 r.

Zarzucił, iż przygotowany przez Zamawiającego Opis Przedmiotu Zamówienia w formie (...) nie spełniał wymogów z art. 29 ust.1 p.z.p, nie był dostatecznie jasny.

Podniósł również, że sam powód nie zakładał rozbudowy obiektu albowiem kwota jaką planował przeznaczyć wskazywała, iż miały to być prace dotyczące przebudowy.

Zarzucił, że wskazane przez powoda przyczyny odstąpienia od umowy nie były zawinione przez pozwanego albowiem:

- przy przygotowaniu koncepcji, poza elementami opisanymi w SIWZ, nakazano mu również sporządzenie obliczeń hydraulicznych i hydrologicznych oraz dokonać uzgodnień

u zarządcy potoku, błędnie były opisane wstępne założenia, które ostatecznie zostały sformułowane na pierwszym posiedzeniu (...), w tym nakazano wyniesienie rzędnej spod konstrukcji mostu o 1m ponad rzędną wysokiej wody, co ostatecznie skutkowało zmianą nazwy projektu;

- zaistniała konieczność podziału działki nr (...), którego wykonanie nie było możliwe

z uwagi na prace projektowe prowadzone w ramach innej inwestycji na tej samej działce przez (...) Sp. z o.o., przy czym ostatecznie podział ten mógł wykonać wyłącznie geodeta obsługujący projekt firmy (...) Sp. z o.o.;

- opóźnienia powstały na skutek problemów związanych z koordynacją projektów

z opracowaniami firmy (...) Sp. z o.o., która to informacja została przekazana dopiero na etapie realizacji projektu, tj. na pierwszym spotkaniu (...), wcześniej o takiej konieczności koordynacji powód nie wspominał, przy czym powyższe wiązało z koniecznością dowiezienia projektowanych chodników zgodnie z pismem powoda z dnia 4 listopada 2011 r., rozszerzeniem opracowania projektowego o budowę chodnika na odcinku od obiektu mostowego do zjazdu indywidualnego na działkę nr (...). Powyższe wpłynęło na zmianę pikietażu początku opracowania. Przedmiotowe prace nie były wskazane w (...). Ostatecznie równoległe prowadzenie dwóch projektów odnośnie działki nr (...) uniemożliwiło uzyskanie decyzji (...);

- w zakresie opóźnienia związanego z uzupełnianiem braków karty informacyjnej wskazał, że wynikało to również ze zmiany nazwy inwestycji a ponadto karta informacyjna miała charakter ponadstandardowy;

- opóźnienie w zakresie przygotowania projektu budowlanego wynikało z braku decyzji pozwolenia wodnoprawnego;

- opóźnienie w uzyskaniu decyzji (...) i ostatecznie pozostawienie bez rozpoznania wniosku było związane z podziałem działki, co powstało na skutek rozszerzenia pikietażu.

Pozwany zarzucił również błędy w liczeniu dni zwłoki przez zamawiającego. Podkreślił, że z uwagi na powyższe istniały podstawy do przedłużenia czasu na ukończenie, zawarcia aneksu, a tym samym nie istniała podstawa do odstąpienia od umowy na podstawie 15.2 pkt. 2 lit. c.

W ocenie pozwanego prawdziwa przyczyna odstąpienia od umowy dotyczyła kwestii braku finansowania przez powoda w roku 2013 na przedmiotową inwestycję. Wobec poinformowania o powyższym pozwany wystąpił z żądaniem gwarancji przy czym nie została ona udzielona.

Zdaniem pozwanego również samo odstąpienie od umowy z przyczyn formalnych jest wadliwe albowiem nie istnieje taka instytucja jak odstąpienie za 14-dniowym uprzedzeniem nawet w przypadku art. 635 k.c. Ponadto zastosowanie powyższego odpowiadałoby konstrukcji wypowiedzenia umownego, które jest niedopuszczalne w umowie o roboty budowlane. Wskazał również, iż sam powód nie uważał, aby przyczyny odstąpienia stanowiły działanie zawinione pozwanego albowiem po w/w oświadczeniu pozwany po zakwestionowaniu wykluczenia został dopuszczony do przetargu a nawet dwa przetargi wygrał.

Z ostrożności procesowej pozwany wniósł o miarkowanie kary umownej wskazując, że jest ona rażąco wygórowana. Wskazał, że do opóźnień przyczyniły się działania powoda, który w sposób niedostatecznie precyzyjny sporządził (...). Podniósł, że strony powinny współdziałać ze sobą a tym samym powód nie może za swoje działania w całości obarczać

pozwanego. Ponadto powód nie poniósł szkody albowiem utracił finansowanie i wobec czego nie był zainteresowany dokonaniem inwestycji. Zwrócił uwagę na trudną sytuację pozwanego, a zasądzenie kary umownej służyłoby wyłącznie wzbogaceniu powoda. (k. 313-335)

W dalszych pismach procesowych powód i pozwany podtrzymali dotychczasowe stanowisko. (pismo powoda z dnia 13.12.2014 r. k. 432-444, pismo pozwanego z dnia 08.04.2015 r. k. 596-599)

Powód ustosunkowując się do zarzutów pozwanego wskazał, iż przedmiot zamówienia nie uległ zmianie przy czym o zakresie robót pozwany uzyskał wiedzę już na posiedzeniu (...) w dniu 31 sierpnia 2011 r., na którym nie zgłaszał roszczeń finansowych. Wskazał, że pozwany nie zwracał się na etapie przetargu o wyjaśnienie treści specyfikacji.

Odnosząc się do kwestii podziału działki nr (...) wskazał, że na etapie przetargu nie było jasne czy oba projekty będą ze sobą powiązane wobec czego dopiero na posiedzeniu w dniu 31 sierpnia 2011 r. zlecono ich skoordynowanie. Podtrzymał stanowisko co do prawidłowości odstąpienia od umowy wskazując, iż zostały spełnione przesłanki kontraktowe uprawniające powoda do odstąpienia od umowy a ponadto zaistniały również warunki do odstąpienia na podstawie art. 635 k.c., które to odstąpienie nie jest uzależnione od postawienia wykonawcy zarzutu pozostawiania w zwłoce. Podniósł również, że w tej sytuacji może odstąpić od umowy bez określenia terminu.

Co do kwestii miarkowania kary umownej podniósł, że dla zasadności roszczenia z tego tytułu nie ma znaczenia fakt czy zamawiający poniósł szkodę. Ponadto przedmiotowa instytucja powinna być stosowana wyjątkowo. Zaprzeczył aby naliczona kara była rażąco wygórowana. Pozwany powinien liczyć się z konsekwencjami umowy w chwili jej podpisania.

**W dniu 9 marca 2015 r. J. M.** złożył interwencję boczną po stronie pozwanego, w której wniósł o oddalenie powództwa, zasądzenie kosztów wg norm przepianych w tym kosztów zastępstwa.

Uzasadniając swoje stanowisko zwrócił uwagę na zmianę przedmiotu umowy w trakcie jej realizacji oraz podnosząc tożsame okoliczności jak pozwany wskazał, że winę za wszelkie opóźnienia w realizacji inwestycji ponosi tylko i wyłącznie powód, który w sposób nieuprawiony określił przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w dodatku doprowadził do kolizji wykonywanych na jego zlecenie prac projektowych przez różne podmioty co spowodowało problemy z podziałem działki nr (...) i uniemożliwiło uzyskanie decyzji (...).

Zaprzeczył również aby doszło do skutecznego odstąpienia od umowy przez Zamawiającego. Wskazał, iż złożone oświadczenie o odstąpieniu od umowy stanowi nadużycie prawa a ponadto nie może być rozpatrywane bez powiązania z żądaniem gwarancji zapłaty skierowanym przez pozwanego, które nie zostało zrealizowane i ostatecznie stało się podstawą złożonego przez pozwanego odstąpienia od umowy w dniu 14 grudnia 2012 r. (k. 475-487)

W dniu 17 marca 2015 r. powód złożył opozycję przeciwko wstąpieniu do sprawy J. M. w charakterze interwenienta ubocznego. (k. 532-534)

W piśmie z dnia 8 kwietnia 2015 r. pozwany wskazał, że złożony (...) nie odpowiadał wymaganiom określonym w § 19 pkt. 4 rozporządzenia z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego albowiem nie określał minimalnych wymagań co do parametrów oczekiwanego obiektu mostowego. Podniósł, że ostateczne wymagania powód przedstawił dopiero na naradzie (...) w dniu 31 sierpnia 2011 r., które to wymagały opracowania nowego projektu koncepcyjnego.

Wskazał dodatkowo, że kara umowna została zastrzeżona na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy a zatem od zawinienia pozwanego. W tej sytuacji nawet gdyby przyjąć, że odstąpienie na podstawie art. 635 k.c. było skuteczne nie mogło prowadzić w świetle zapisów subklauzuli 8.7 do naliczenia kary umownej.

Postanowieniem z dnia 15 maja 2015 r. Sąd oddalił opozycję wobec wstąpienia J. M. w charakterze interwenienta ubocznego i odrzucił interwencję A. W.. (k. 620)

Ostatecznie na rozprawie w dniu 12 lipca 2016 r. pozwany sprecyzował wniosek o miarkowanie kary umownej wnosząc i jego dokonanie do wysokości 10% określonej kary. Podniósł, iż powyższe uzasadnia zachowanie Zamawiającego, w tym błędy zawarte w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, które przyczyniły się do zaistniałej sytuacji. (k. 884v)

### **Sąd ustalił następujący stan faktyczny:**

**W 2011 roku Zamawiający ogłosił przetarg na** zaprojektowanie i wykonanie przebudowy mostu przez potok B. w miejscowości B., w ciągu drogi krajowej nr (...) W. – J. w km 153+931 wraz z przebudową dojazdów oraz istniejących sieci uzbrojenia terenu kolidujących z planowanym zadaniem inwestycyjnym. Podstawą złożenia oferty był dostępny Program funkcjonalno-użytkowy, który określał charakterystyczne parametry dotyczące wielkości obiektu, i zakresu robót budowlanych, który podlegał zaprojektowaniu, realizacji i oddaniu do użytkowania. Obiekt został opisany za pomocą parametrów, w tym co do długości obiektu miała ona wynikać z obliczeń hydrologicznych i hydraulicznych przekroju mostowego, warunków terenowych i uzyskanych decyzji oraz uzgodnień w trakcie opracowania projektu budowlanego. Określając przedmiot inwestor zarówno w tytule inwestycji jak również w pkt. 2.2.2. pkt. 2 (...) wskazał, że w ramach umowy do obowiązków wykonawcy będzie należała przebudowa istniejącego mostu wraz z dojazdami, na podstawie opracowania i zatwierdzonego projektu po uzyskaniu niezbędnych decyzji administracyjnych. Ponadto wskazał na rodzaj dokumentów, których opracowanie jest niezbędne, a które będzie należało do wykonawcy. **Zaznaczono również, że czas na wyrażenie stanowiska przez zamawiającego uwzględniony jest w terminach na weryfikację elementów Dokumentacji Projektowej określonych w pkt. 2.8.1.2.** Zamawiający zawarł również postanowienia, że dopuszcza występowanie z wnioskiem o uzyskanie odstępstwa od obowiązujących warunków technicznych - 2.8.1.3. - i jeżeli zajdzie taka potrzeba, a Zamawiający zgodzi się na żądanie odstępstw, przygotowanie wniosku w tym zakresie będzie należało do Wykonawcy. W zakresie materiałów wskazano wyłącznie, że muszą spełniać wymagania ustawy (2.8.2.1.). (d: (...) k. 282-305) Na przedmiotową inwestycję powód planował przeznaczyć kwotę 999 999 zł brutto. (d: informacja k. 696)

Przygotowany przez powoda Program Funkcjonalno-Użytkowy nie zawierał danych pozwalających na wykonanie konkretnego zadania inwestycyjnego, opierał się na ogólnikach pozwalających zarówno Wykonawcy jak i Zamawiającemu na swobodne kształtowanie rozwiązań technicznych. Ponadto nie zawierał dokumentów, które powinny być w nim zamieszczone jak opis techniczny co do konstrukcji obiektu, konstrukcji dojazdów, konkretnego odcinka dojazdów. Wobec braku decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych powód był zobowiązany do dokładniejszego opisanie przedmiotu zamówienia czego jednak nie uczynił. Nie zawarł również w sposób jednoznaczny granic zadania, tj. punktu od którego do którego inwestycja miała być realizowana. (d: opinia biegłego mgr inż. M. K. k. 741-742, opinia uzupełniająca biegłego mgr inż. M. K. k. 813-815, opinia ustna biegłego - rozprawa 12.07.2016r. godz. 00:08:22 k. 880v, godz. 00:11:49 k. 881, zeznania świadka A. W. rozprawa 18.03.2015r. k. 536-536v, transkrypcja k. 558-559, k. 560-561)

**W dniu 27 kwietnia 2011 r. pozwany złożył ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ, z którymi zapoznał się i uznał się za związany zawartymi w niej postanowieniami, na kwotę 1 180 000 zł. Przyjął do wiadomości ustalone terminy wykonania prac projektowych i budowlanych oraz czas przewidywany na uzyskanie decyzji administracyjnych w tym pozwolenia na budowę lub (...).** (d: oferta k. 131-132v, załącznik do oferty k. 133-134)

**Zgodnie z zaproponowanym formularzem cenowym pozwany określił wynagrodzenie ryczałtowe za:**

a/ dostosowanie do warunków kontraktu - 40 000 zł;

b/ opracowanie koncepcji przebudowy mostu - 2 warianty w 2 egzemplarzach - kpl.  
20 000 zł;

c/ opracowanie materiałów do decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację inwestycji - 3 egz. -  
30 000 zł;

d/ opracowanie projektu budowlanego przebudowy mostu z przebudową dojazdów oraz kolidujących sieci uzbrojenia  
terenu wraz z kompletem uzgodnień i materiałów do uzyskania niezbędnych decyzji - 5 egz. - 30 000 zł;

e/ opracowanie dokumentacji formalno-prawnej niezbędnej do nabywania nieruchomości oraz czasowego  
korzystania z nieruchomości - 3 egz. - 10 000 zł;

f/ opracowanie kompletnego projektu wykonawczego przebudowy mostu z przebudową dojazdów oraz kolidujących  
sieci uzbrojenia terenu - 50 000 zł;

g/ rozbiórka istniejącego mostu - 200 000 zł;

h/ przebudowa mostu wraz z przebudową dojazdów oraz kolidujących sieci uzbrojenia terenu - 579 349,59 zł. (d:  
Formularz cenowy k. 134v)

Oferta pozwanego była ofertą najkorzystniejszą ceną. Druga z kolei oferta została złożona na kwotę 1 567 679,33 zł.  
(d: informacja k. 696)

W dniu 21 czerwca 2011 r. po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego i dokonaniu wyboru oferty Skarb Państwa  
– Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad (dalej jako GDDKiA, Zamawiający) zawarł z Przedsiębiorstwem  
Produkcyjno-Handlowo-Usługowym (...) Sp. z o.o. (dalej jako P.P.H.U. (...), Wykonawca) umowę nr (...), na podstawie  
której wykonawca zobowiązał się do zaprojektowania i wykonania przebudowy mostu przez potok B. w miejscowości  
B., w ciągu drogi krajowej nr (...) W. – J. w km 153+931 wraz z przebudową dojazdów oraz istniejących sieci uzbrojenia  
terenu kolidujących z planowanym zadaniem inwestycyjnym.

Integralną część umowy stanowiły również oferta Wykonawcy z dnia 28 kwietnia 2011 r. z załącznikami, Szczególne  
Warunki Kontraktu, Ogólne Warunki Kontraktu - Warunki kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla  
urządzeń elektrycznych

i mechanicznych oraz robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Wykonawcę- wydanie angielsko-  
polskie 2000, Specyfikacje Istotnych Warunków Zamówienia – Tom I – Instrukcja dla Wykonawców wraz z  
formularzami, Program funkcjonalno-użytkowy i umowa konsorcjum, bliżej nie dookreślona albowiem w tym  
przypadku Konsorcjum nie występowało po stronie Wykonawcy. (d: pkt. 2 umowy k. 30-31)

Za wykonanie umowy strony ustaliły kwotę brutto 1 180 000 zł, która stanowiła zaakceptowaną kwotę kontraktową  
zgodną z ofertą wykonawcy. ( d: pkt. 4.1 umowy k. 31) Przedmiotowa kwota była adekwatna do zakresu Robót  
właściwych dla zadania określonego jako przebudowa mostu i wystarczająca wobec ustalenia jej zgodnie z zawartością  
i wymaganiami określonymi w Programie Funkcjonalno-Użytkowym oraz Warunkami Kontraktu. ( d: (...) k. 121v)

Rozliczenie prac miało nastąpić na podstawie faktury Wykonawcy wystawionej za usługi projektowe, za które ustalono  
wynagrodzenie ryczałtowe oraz za roboty budowlane – tj. za całkowite i odebrane elementy robót, wg. rozbitcia ceny  
ryczałtowej.

Strony dopuściły również możliwość zmiany umowy w zakresie kwoty wynagrodzenia. (d: pkt. 4.2 i 4.4 umowy k. 31)

Wykonawca zobowiązał się do wykonania przedmiotu umowy w terminie **około 15 miesięcy** od daty jej rozpoczęcia.

Zgodnie z postanowieniami umowy w ramach w/w czasu Wykonawca był zobowiązany do:

a/ opracowania i zatwierdzenia koncepcji **przebudowy obiektu wraz z dojazdami**  
- w terminie do 1 miesiąca od daty podpisania umowy;

b/ opracowania materiałów do decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację inwestycji - w terminie do 2 miesięcy od podpisania umowy;

c/ opracowania projektu budowlanego, wykonawczego i materiałów do uzyskania pozwolenia na budowę lub decyzji (...) w terminie do 2 miesięcy od daty uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację inwestycji;

d/ wykonanie robót budowlanych oraz opracowanie materiałów w zakresie niezbędnym do uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu - w terminie 5 miesięcy od daty uzyskania pozwolenia na budowę lub decyzji (...);

e/ wykonanie robót wykończeniowych, regulacyjnych w korycie potoku oraz uporządkowanie, rekultywacja terenu i wyniesienie granic pasa drogowego w terenie - do 6 miesięcy od daty uzyskania decyzji, o których mowa pod lit. d/.

Jednocześnie strony określiły, że do terminu realizacji przedmiotu zamówienia **nie wlicza się przerw** w wykonywaniu robót budowlanych, wynikających z prawomocnej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację inwestycji lub innych narzucających na wykonawcę ograniczenia czasowe w prowadzeniu robót.

Ponadto Zamawiający dopuścił możliwość opracowywania projektu wykonawczego na bieżąco w trakcie realizacji robót budowlanych.

Dla określenia terminu wykonania umowy strony przyjęły szacunkowo, że uzyskanie decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych nastąpi w czasie około 3 miesięcy od daty złożenia wniosku, pozwolenia na budowę lub decyzji (...) w okresie 3 miesięcy od daty złożenia wniosku. (d: pkt. 6 umowy k. 32)

Strony przewidziały możliwość zmiany terminu wykonania umowy w przypadku wystąpienia okoliczności w postaci utrzymywania się niekorzystnych warunków atmosferycznych, uniemożliwiających prowadzenie robót, zgodnie z przyjętą technologią robót, trwających dłużej niż 10 dni roboczych - np. wysoki stan wody, przestojów trwających dłużej niż 10 dni roboczych lub zmiany konstrukcji albo technologii wykonania elementów obiektu spowodowane warunkami, które nie były znane na etapie projektowania i realizacji robót - np. odkrycie archeologiczne, cmentarzysko, opóźnienia wynikające z wystąpienia klęski żywiołowej - zniszczenia części wykonanych robót, rozmycia koryta potoku powodującego wykonanie dodatkowych robót, przedłużenia terminu uzyskania decyzji niezbędnych do rozpoczęcia robót budowlanych z przyczyn niezależnych od Wykonawcy a także innych okoliczności, które zgodnie z subklauzulą 19.1 stanowią siłę wyższą. (d: pkt. 8 umowy k. 33)

Wszystkie zmiany i uzupełnienia treści Kontraktu mogły być wprowadzone wyłącznie aneksem w formie pisemnej pod rygorem nieważności. (d: pkt. 9 umowy k. 33 umowa k. 30-33)

Zgodnie z warunkami kontraktu Wykonawca był zobowiązany rozpocząć projektowanie i realizację robót tak szybko, jak jest to rozsądne możliwe po dacie rozpoczęcia i prowadzenia robót z należyтым pośpiechem i bez opóźnienia. (d: (...) k. 66)

Wszystkie prace i roboty podlegały ukończeniu w czasie kontraktowym. Ponadto do obowiązków Wykonawcy należało złożenie Harmonogramu w formie uzgodnionej z Inżynierem najpóźniej w dniu rozpoczęcia robót, określonym w klauzuli 8.1. Przedmiotowy Harmonogram podlegał uaktualnieniu przez Wykonawcę co najmniej 1 raz na trzy miesiące oraz dodatkowo na każdorazowe żądanie Inżyniera w terminie 7 dni od daty otrzymania takiego żądania. (d: (...) k. 67 zmieniona (...) k. 124v) Inżynier Kontraktu mógł polecić Wykonawcy przedłożenie według subklauzuli 8.3 harmonogramu uaktualniającego jeżeli w jakimikolwiek momencie faktyczny postęp prac był zbyt wolny, aby ukończenie nastąpiło

w ciągu czasu na ukończenie lub postęp prac pozostawał w tyle w stosunku do bieżącego harmonogramu. ( d: (...) k. 69)

W myśl (...) Inżynier Kontraktu za pomocą powiadomienia mógł żądać od Wykonawcy gdy ten nie spełnił jakiegokolwiek ze swoich zobowiązań wg Kontraktu, spełnienia takiego zobowiązania oraz naprawienia wynikłych strat w wyszczególnionym rozsądnym czasie. ( d: (...)k. 87)

Jednocześnie strony określiły w jakich przypadkach i po spełnieniu jakich warunków - czy też daniu jakich powiadomień będą mogły skutecznie odstąpić od umowy.

W myśl (...) Zamawiający został uprawniony do odstąpienia od Kontraktu, jeżeli Wykonawca m.in.:

a/ nie zastosował się do wezwania wg (...) - wezwanie do poprawienia

b/ porzucił roboty lub w inny sposób otwarcie okazywał swój zamiar niekontynuowania wykonania swoich zobowiązań wg Kontraktu;

c/ bez rozsądnego usprawiedliwienia uchylał się od:

lit. i - prowadzenia robót zgodnie z (...).

**W każdym z w/w wypadków lub okoliczności Zamawiający mógł, po daniu Wykonawcy powiadomienia z 14-dniowym wyprzedzeniem odstąpić od Kontraktu i usunąć Wykonawcę z Placu Budowy. Jednocześnie zastrzeżono, że postanowienie Zamawiającego o odstąpieniu od kontraktu nie umniejsza innych praw Zamawiającego wg Kontraktu lub z innego tytułu. ( d: (...) k. 87-88)**

W przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy był on zobowiązany do zapłaty kary umownej w wysokości 10% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej brutto, za wyjątkiem wystąpienia sytuacji określonej

w art. 145 pzp. ( d: (...) k. 125 i (...) k. 128v)

W Szczególnych Warunkach Kontraktu wprowadzone zostały dodatkowe definicje do kontraktu w tym m.in. w postaci Zezwolenia na realizację inwestycji drogowej, pod którym to pojęciem oznaczyły decyzję administracyjną zezwalającą na rozpoczęcie i prowadzenie budowy zgodnie z prawem budowlanym a także harmonogram rzeczowo-finansowy odwzorowujący chronologiczną kolejność czynności oraz ich czasy trwania, uwzględniający koszt wykonania inwestycji w rozbiciu miesięcznym. ( d: pkt. 1.1.6.16 i 1.1.6.12 (...) k. 117v)

Przed przystąpieniem do realizacji prac budowlanych pozwany zgodnie z umową w pierwszej kolejności miał przygotować koncepcję a następnie po jej zatwierdzeniu projekt budowlany. Nazwa zadania oraz zawarte w (...) oczekiwania od Wykonawcy pozwalały zarówno Wykonawcy jak i Zamawiającemu na swobodne kształtowanie rozwiązań technicznych pomimo, iż powód biorąc pod uwagę możliwość kształtowania pochylenia podłużnego drogi był w stanie określić zakres prac dotyczący długości dojazdu do obiektu inżynierskiego, który był zadaniem projektowym. (d: opinia uzupełniająca biegłego mgr inż. M. K. k. 811, 814)

W tym celu pozwany w dniu 21 czerwca 2011 r. zawarł umowę z Konsorcjum (...) składającym się z (...) M. J., (...) - M. P.

i (...) - A. W.. Przedmiotem umowy było wykonanie dokumentacji projektowej na przebudowę mostu potok B. w miejscowości B. w ciągu drogi krajowej nr (...) W.-J. w km 153+931 wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę i pełnienia nadzoru autorskiego za kwotę 120 000 zł netto - 147 600 zł brutto. Terminy wykonania zleconego zakresu robót oraz pozostałe warunki wykonania w tym zastrzeżenie kary umownej zostały określone w tożsamy sposób jak w umowie głównej. Integralną częścią umowy stanowił opis przedmiotu zamówienia. ( d: umowa k. 348-351, załączniki do umowy k. 352-354, upoważnienie dla J. M. k. 354, zeznania świadka A. W. rozprawa 18.03.2015r. k. 537v, zeznania świadka J. M. rozprawa 22.05.2015r. transkrypcja k. 646, k. 658)

Po przystąpieniu do prac pozwany przedstawił:

a/ w dniu 18 lipca 2011 r. (data odebrania przez powoda 19.07.2011r. ) dwa egzemplarze projektu koncepcyjnego ( d: pismo podwykonawcy (...) mgr inż. J. M. z dnia 18.07.2011 r. znak (...) k.142, zeznania świadka A. W. rozprawa 18.03.2015r. transkrypcja k. 573);

b/ w dniu 22 lipca 2011 r. (data odebrania przez powoda 26.07.2011r.) rysunki zamienne nr 1A Przekroje normalne Wariantu A i B, dwa egzemplarze kosztorysu ofertowego i przedmiar robót (d: pismo podwykonawcy (...) mgr inż. J. M. z dnia 22.07.2011 r. znak (...) k.144, zeznania świadka A. W. rozprawa 18.03.2015r. transkrypcja k. 574).

W/w projekty nie zawierały obliczeń hydrologiczno-hydraulicznych światła projektowanych obiektów inżynierskich oraz uzgodnienia z zarządcą cieku, przez co dokonanie wyboru projektu nie było możliwe. ( d: pismo Zamawiającego z dnia 2.08.2011r. znak GDDKiA (...) k. 146)

Po przedstawieniu w/w koncepcji Wykonawca zgłosił Przedsiębiorstwo (...) - J. M. jako podwykonawcę do wykonania kompletnego projektu budowlano-wykonawczego, do którego dołączono projekt umowy podwykonawczej. Podwykonawca został zatwierdzony przez Zamawiającego. (d: zgłoszenie do akceptacji podwykonawcy 3.08.2011 r. znak (...)k. 146, zeznania świadka M. Z. rozprawa 05.02.2016r. k. 458v-460v, zeznania świadka M. S. rozprawa 05.02.2016r. k. 461-462v)

Podwykonawca uzupełnił materiały dotyczące koncepcji o obliczenia hydrologiczno-hydrauliczne **w dniu 2 sierpnia 2011 r.** (d. pismo podwykonawcy znak (...) k. 154)

Na dzień 16 sierpnia 2011 r. Zamawiający zaplanował posiedzenie Zespołu (...) (dalej jako (...)), którego przedmiotem miał być wybór koncepcji technicznej, która podlegała przedstawieniu w formie prezentacji multimedialnej. ( d: pismo GDDKiA (...) k.156)

Na posiedzeniu, które odbyło się w dniu 31 sierpnia 2011 r. po przedstawieniu kolejnych dwóch wariantów, tj. zabudowy przepustem o konstrukcji stalowej z blachy karbowanej i projektu na klasę A wg normy(...) – nowy most żelbetowy płasko posadowiony w miejscu istniejącego, została przyjęta koncepcja budowy jednoprzęsłowego mostu o konstrukcji żelbetowej ramowej. Określono również wymagane rzędne w tym wyniesienia spodu mostu ponad rzędna wysokiej wody – światło mostu. Przedmiotowa koncepcja odpowiadała warunkom z Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie. Dodatkowo Zamawiający zlecił uzgodnienie styku projektowego z opracowaniem firmy (...) Sp. z o.o. i przeniesienie chodnika na jedną stronę. ( d: protokół nr (...) z posiedzenia z dnia 31.08.2011 r. k. 158–161, zatwierdzony protokół nr (...) 495v–497, pismo z 13.09.2011 r. k. 495, zeznania świadka M. Z. rozprawa 05.02.2016r. k. 458v-460v, zeznania świadka M. S. rozprawa 05.02.2016r. k. 461-462v, zeznania świadka A. W. rozprawa 18.03.2015r. k. 536v,transkrypcja k. 559, k. 566, zeznania świadka J. M. rozprawa 22.05.2015r. transkrypcja k. 647-648, k. 661-662, k. 664 )

Po dokonaniu wyboru koncepcji zgodnie z harmonogramem pozwany zobowiązany był do przygotowania dokumentów do złożenia wniosku o wydanie decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych w terminie 2 miesięcy od daty podpisania umowy. Po wyborze koncepcji, która zmieniała parametry obiektu, Wykonawca zaproponował również zmianę nazwy zadania. (d: zeznania świadka A. W. rozprawa 18.03.2015r. transkrypcja k. 560-561, zeznania świadka J. M. rozprawa 22.05.2015r. transkrypcja k. 659, k. 666-667)

W tym celu w dniu 1 września 2011r. (data odbioru przez Zamawiającego 5.09.2011r.) pozwany przekazał wniosek o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach na realizację przedsięwzięcia oznaczonego jako „zaprojektowanie i wykonanie przebudowy mostu ...”. Ponownie w dniu 09 września 2011 r. pozwany przedstawił Zamawiającemu wniosek o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zadania o zmienionej już nazwie na „rozbudowę drogi krajowej nr (...) W.-J. od km 153+910 do km 153+952 w związku

z rozbiórką istniejącego i budową nowoprojektowanego mostu w km 153+931potok B. w miejscowości B.”. (d: pismo nr (...) k. 163, pismo nr (...) k. 165)

Przedmiotowy wniosek dotyczący zadania o zmienionej już nazwie został przez Zamawiającego złożony do Burmistrza B. w dniu 15 września 2011 r. ( d: pismo znak GDDKiA (...)k. 167-169). Z uwagi na stwierdzone braki wniosek podlegał dwukrotnemu uzupełnieniu:

a/ za pierwszym razem w zakresie karty informacyjnej w tym co do danych odnośnie parametrów mostu mających znaczenie dla zapewnienia swobodnej migracji zwierząt wzdłuż potoku, określenia długości mostu;

b/ za drugim razem również w zakresie karty informacyjnej w tym odnośnie parametrów projektowanego mostu, terminu przebudowy, terminu wycinki drzewa.

Do wykonania w/w prac określono za każdym razem termin 14 dni. ( d: wezwanie Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w R. do uzupełnienia braków z dnia 10.11.2011 r. – doręczone GDDKiA w dniu 16.11.2011 r. znak (...)k.171-171v, wezwanie Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w R. do uzupełnienia braków z dnia 15.12.2011 r. – doręczone GDDKiA w dniu 20.12.2011 r. znak (...)k. 177-177v, zeznania świadka A. W. rozprawa 18.03.2015r. k. 537). Oba wezwania do uzupełnienia zostały przekazane podwykonawcy, w tym pierwsze w dniu 21 listopada 2011 r. a drugie w dniu 22 grudnia 2011 r. ( d: pismo GDDKiA

z 21.11.2011r. znak (...)k. 173, pismo GDDKiA z 22.12.2011r. znak (...) k. 179) Pozwany przedstawił uzupełnione dane w zakresie pierwszego wezwania w dniu 24 listopada 2011 r. a w zakresie kolejnego w dniu 5 stycznia 2012 r. ( d: pismo podwykonawcy 22.11.2011 r. znak (...) k. 175, pismo podwykonawcy z dnia 02.01.2012 r. znak (...) k. 181)

Dane do uzupełniania których powód był wzywany obejmowały okresy, które mógł wyznaczyć organ wydający opinię. Ocena co do kompletności wypełnienia karty informacyjnej dołączonej do wniosku o wydanie decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych zależała od osoby dokonującej takiej oceny. Nie były to działania, które w sposób jednoznaczny można było uznać za braki, które obciążałyby Wykonawcę. Czas przez który trwał proces wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach nie jest okresem z góry do ustalenia czy przewidzenia. Termin wydania przedmiotowej decyzji miał jednak istotny wpływ na przebieg całego procesu inwestycyjnego. (d: opinia biegłego mgr inż. M. K. k. 741-742, opinia uzupełniająca biegłego mgr inż. M. K. k. 810-811, ustna opinia biegłego rozprawa 12.07.2016r. godz. 00:12:44 k. 881, zeznania świadka A. W. rozprawa 18.03.2015r. transkrypcja k. 568, k. 575, zeznania świadka J. M. rozprawa 22.05.2015r. transkrypcja k. 655)

Ostatecznie w oparciu o wniosek przygotowany przez podwykonawcę, Regionalny Dyrektor Ochrony Środowiska w R. wydał decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach w dniu **27 lutego 2012 r.** ( d: pismo GDDKiA z 10.01.2012r. znak (...) k.183 – uzupełnienie braków, decyzja nr (...)Burmistrza B. k. 185- 188)

Uzyskana decyzja została przekazana podwykonawcy w dniu 03 marca 2012 r. po której należało podjąć dalsze prace projektowe, tj. przygotować w terminie 2 miesiące dokumenty do wydania decyzji (...). ( d: pismo GDDKiA z 01.03.2012r. znak (...)k. 190, zpo k. 191)

Jednocześnie już w dniu 30 września 2011 r. podwykonawca wystąpił do Zamawiającego o zatwierdzenie przedłożonego projektu podziału działek, które po akceptacji podlegały przekazaniu geodecie. (d: pismo podwykonawcy z 30.09.2011r. znak (...) k. 376) **Z uwagi na ujawnione na naradzie nr 2 (...) informacje o konieczności koordynacji niniejszego projektu z projektem zabezpieczenia osuwiska, zlecenie wykonania jednostronnego chodnika i jego poszerzenie, Zmawiający był na bieżąco informowany o podejmowanych czynnościach w tym: o potrzebie wydzielienia z działki nr (...) terenu pod pas drogowy i uzyskania stanowiska Zamawiającego czy takie prace mają być podjęte. Jednocześnie w dniu 4 listopada 2011 r. powód poinformował pozwanego, iż uznaje za zasadne powiązanie chodnika projektowanego przez (...) Sp. z o.o. z projektowanym na moście, co skutkowało:**

- koniecznością podziału działki nr (...) ( d: pismo podwykonawcy z 6.10.2011r. znak (...) k. 377, stanowisko Zamawiającego co do wydzielenia terenu pod pas drogowy – pismo z dnia 4.11.2011 r. znak GDDKiA (...)k. 380, pismo z dnia 4.11.2011 r. znak GDDKiA (...) k. 390);

- uzyskaniem akceptacji proponowanego podziału (d: pismo z 19.10.2011 r. znak (...) k. 378)

- koniecznością podjęcia działań w zakresie podziału działki z (...) Sp. z o.o. (d: pismo do (...) z 24.10.2011r. k. 379);

- zaistnieniem problemów z dokonaniem podziału działki nr (...) wobec odmowy przyjęcia zgłoszenia prac geodezyjnych w ośrodku z uwagi na prace prowadzone przez (...) Sp. z o.o., z jednoczesnym wskazaniem, iż z tego powodu już jest zagrożony termin realizacji inwestycji gdyż wykonanie podziału działki z przyczyn formalnych nie było możliwe. W celu rozwiązania tego problemu wykonawca złożył propozycję podziału działki na 3 części, która to propozycja została zaakceptowana przez powoda. ( d: pismo podwykonawcy z dnia 2.12.2011 r. znak (...) k. 381-382, pismo powoda z 9.12.2011 r. znak GDDKiA (...)k. 383, zeznania świadka A. W. rozprawa 18.03.2015r. k. 537, transkrypcja k. 562-564, k. 566, zeznania świadka J. M. rozprawa 22.05.2015r. transkrypcja k. 665, k. 669)

W dniu 18 kwietnia 2012 r. podwykonawca złożył Zamawiającemu operat wodnoprawny do uzyskania pozwolenia wodnoprawnego, na podstawie którego powód w tym samym dniu wystąpił o jego wydanie. ( d: pismo z 18.04.2012r. znak (...) k. 193, pismo (...) z 18.14.2012r. znak (...) k. 195-196)

Decyzja w tym zakresie została podjęta przez Starostę w dniu 21 maja 2012 r. i przekazana w dniu 30 maja 2012 r. ( d: decyzja (...)k. 198-201)

W dniu 25 maja 2012 r. podwykonawca przekazał powodowi projekty umożliwiając samodzielną realizację obu inwestycji oraz zwrócił się do (...) Sp. z o.o.

o uzgodnienie styku opracowania i dowiązanie kilometraża. (d: pismo podwykonawcy z dnia 25.05.2012 r. znak (...) k. 391, pismo podwykonawcy z dnia 31.07.2012 r. znak (...) k. 392, pismo podwykonawcy z dnia 6.08.2012 r. znak (...) k. 393, pismo z dnia 16.08.2012 r. znak (...) k. 395). (...) Sp. z o.o. odmówiła uwzględnienia zmian w opracowaniu realizowanym przez ten podmiot również na zlecenie GDDKiA. (d: pismo z dnia 17.09.2012r. k. 396, k. 397)

Ostatecznie podwykonawca odstąpił od prac geodezyjnych podziału działki nr (...) albowiem ich wykonanie nie było możliwe z uwagi na prowadzenie już jednego postępowania dotyczącego podziału tej działki. Dalsze czynności w tym zakresie były możliwe do podjęcia dopiero po wydaniu ostatecznej decyzji (...) i uwzględnieniu przedmiotowego podziału

w zasobach geodezyjnych. (d: pismo Starosty Powiatowego z 29.03.2015r. k. 600, opinia biegłego mgr inż. M. K. k. 741-742, opinia uzupełniająca biegłego mgr inż. M. K. k. 813-814) Podział w/w działki został ostatecznie dokonany decyzją Wojewody (...) z dnia 18 września 2014 r. zezwalającą na realizację inwestycji drogowej pn. „Rozbudowa drogi krajowej nr (...) W. -J. od km 153+160 do km 153+925 w m. Bukowa wraz z ustabilizowaniem korpusu drogi poprzez zabezpieczenie osuwiska”. (d: decyzja k. 775-783, zeznania świadka A. W. rozprawa 18.03.2015r. transkrypcja k. 565, zeznania świadka J. W. rozprawa 22.05.2015r. k. 628-628v, transkrypcja k. 672-679, zeznania świadka J. M. rozprawa 22.05.2015r. transkrypcja k. 653)

W dniu 30 maja 2012 r. podwykonawca złożył dokumenty niezbędne do wystąpienia z wnioskiem o zezwolenie na realizację inwestycji drogowej. ( d: pismo z 29.05.2012 r. znak (...) k. 203-204), na podstawie których Zamawiający wystąpił o wydanie decyzji (...) wskazując już nową nazwę inwestycji jako „Rozbudowa drogi krajowej nr (...) W.-J. od km 153+910 do km 153+952 w związku z rozbiórka istniejącego i budową nowoprojektowanego mostu w km 153+931 przez potok B. w miejscowości B. oraz o zatwierdzenie m.in. projektu podziału nieruchomości. ( d: wniosek o wydanie decyzji pismo GDDKiA z 14.06.2012r. znak (...)k. 206-210)

Również w dniu 4 lipca 2012 r. pozwany, z uwagi na konieczność wykonania rozbudowy a nie przebudowy wniósł o uwzględnienie kosztorysu na wycenione prace dodatkowe, wydłużenie terminu realizacji wykonania robót budowlanych w zakresie niezbędnym do uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu do 8 miesięcy od daty uzyskania pozwolenia na budowę lub decyzji (...) z wyłączeniem okresu zimowego oraz zwiększenie terminu realizacji robót wykończeniowych do 30 września 2013 r. (d: pismo z dnia 04.07.2012r. znak (...)k. 355-357)

Z uwagi na braki przedmiotowego wniosku (...) Urząd Wojewódzki w R. wezwał do ich uzupełnienia w terminie 7 dni poprzez m.in. dostosowanie nazwy nowej inwestycji do rzeczywistego zakresu robót i przedłożenie wymaganych dokumentów, w tym złożenia dwóch egzemplarzy map przedstawiających przebieg drogi, które zostało przekazane podwykonawcy. ( d: wezwanie do uzupełnienia braków 06.07.2012 r. znak (...)k. 212-213, pismo powoda z 06.07.2012 r. znak GDDKiA (...) k. 384, zeznania świadka A. W. rozprawa 18.03.2015r. k. 537v) W dniu 09 lipca 2012 r. w związku z w/w wezwaniem podwykonawca złożył wyjaśnienia w tym wskazał na zmiany zakresu robót i związaną z tym zmianę nazwy, zmianę kilometraża wobec konieczności dowiązania chodnika do projektowanego mostu do końca chodnika opracowanego projektu przez (...) Sp. z o.o. oraz na podział działki nr (...) na trzy części aby nie czekać na zakończenie prac wykonywanych przez (...) Sp. z o.o. Na tym etapie nie było możliwe przygotowanie dokumentów w formie akceptowanej przez Urząd Wojewódzki oraz uzyskanie decyzji (...). W tym czasie była zasadniczo przygotowana cała dokumentacja za wyjątkiem podziału działki (...), którego wykonanie nie było możliwe przez pozwanego. ( d: pismo podwykonawcy z 05.07.2012 r. znak (...) k.215-216, zeznania świadka A. W. rozprawa 18.03.2015r. k. 537-538v, transkrypcja k. 563-565, zeznania świadka J. M. rozprawa 22.05.2015r. transkrypcja k. 649, k. 652, k. 656)

W dniu 19 lipca 2012 r. wniosek o wydanie decyzji (...) wobec nieusunięcia braków formalnych został pozostawiony bez rozpoznania.(d: pismo z 19.07.2012r.(...) k. 218)

Niezależnie od w/w stanowiska, powód jeszcze w dniu 24 lipca 2012 r. wezwał pozwanego do uzupełnienia braków wniosku od wydanie decyzji (...). ( d: pismo GDDKiA z 24.07.2012 r. znak (...)k. 220, zpo k. 221)

**Następie w dniu 25 lipca 2012 r. powód odmówił uwzględnienia żądań wykonawcy**

w zakresie zwiększenia zarówno wynagrodzenia jak i przedłużenia czasu wykonania. Wezwał do mobilizacji personelu i sprzętu aby rozpocząć prace z dniem uzyskania decyzji. Wskazał na opóźnienia, podnosząc, że termin wykonania miał się zakończyć we wrześniu 2012 r. przy czym w lipcu nadal nie została uzyskana decyzja (...). Zwrócił uwagę na opóźnienia z winy wykonawcy wynoszące blisko 2 miesiące. ( d: pismo z dnia 25.07.2012r. GDDKiA z znak (...) k. 223 -226, zpo k. 227)

W odpowiedzi na powyższe podwykonawca złożył pismo wraz z wnioskiem o zmianę nazwy inwestycji i wskazał na konieczność wyboru sposobu podziału działki nr (...), odniósł się również do pozostałych braków. (d: pismo z 06.08.2012 r. znak (...) k. 232-233)

Na dzień 21 sierpnia 2012 r. został wyznaczony termin rady. Do tego też terminu wezwano Wykonawcę do poprawienia wniosku oraz uaktualnienia harmonogramu zgodnie z S. 8.6 OWK. ( d: pismo z dnia 14.08.2012 r. GDDKiA znak (...) k. 229, zpo k. 230 )

Sposób podziału został przez Zamawiającego określony pismem z dnia 16 sierpnia 2012 r., w którym wskazał na realną utratę środków przeznaczonych na inwestycję. ( d: pismo GDDKiA z 16.08.2012 r. znak (...)k. 235)

Pozwany złożył aktualny harmonogram, w którym termin zakończenia robót został zaplanowany na wrzesień 2013 r. (d: harmonogram na dzień 21.08.2012r. k. 237)

W dniu 21 sierpnia 2012 r. odbyło się również spotkanie, na którym potwierdzono, że poprawiony wniosek o wydanie decyzji (...) zostanie złożony we wrześniu 2012 r., przy czym możliwy termin uzyskania decyzji (...) to styczeń 2013

r. zaś zakończenie prac budowlanych, których termin będzie wynosił 8 miesięcy to wrzesień 2013 r. Potwierdzono, że zakończenie prac nie jest możliwe w 2012 r. (d: protokół ze spotkania 239-241)

Również w dniu 29 sierpnia 2012 r. pozwany wystąpił o zmianę terminu wykonania umowy i o przedłużenie go do 28 miesięcy oraz o dostosowanie wynagrodzenia do pełnego zakresu robót związanego z rozbudową do kwoty 1 706 639,97 zł a także o udzielenie gwarancji zapłaty w terminie 45 dni od daty otrzymania wezwania. (d: pismo pozwanego z dnia 29.08.2012 r. znak (...)k. 358-359)

**W dniu 14 września 2012 r.** powód na podstawie subklauzuli 15.2 a i c warunków kontraktu oraz art. 635 k.c. w zw. z art. 656 k.c. powiadomił, że za 14-dniowym wyprzedzeniem odstępuje od Kontraktu. Poinformował, że obciąży pozwanego Karą umowną. Jako przyczynę odstąpienia wskazał niezastosowanie się do wezwania zgodnie z 15.1 oraz na uchylanie się od prowadzenia robót zgodnie z klauzulą 8. Podniósł, że zwłoka wynosi: - na etapie zatwierdzania koncepcji - 41 dni – bo zatwierdzona dopiero 31.08.2011r., w przekazaniu karty informacyjnej i dwukrotnego wezwania do uzupełnienia braków wniosku o wydanie decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych - 163 dni, zwłoka w przekazaniu projektu budowlanego wraz z materiałami 7 dni, zwłoka w przekazaniu poprawionych dokumentów do wniosku o wydanie decyzji (...) co uniemożliwiło uzyskanie w/w decyzji. Podsumowując powód wskazał, że pozwany nie zastosował się do polecenia Zamawiającego przyspieszenia postępu prac, nie przedstawił raportu opisującego uaktualnione metody, które proponuje przyjąć w celu przyspieszenia postępu i ukończenia robót w ciągu Czasu na Ukończenie, zaś złożony harmonogram przedłuża czas robót. Uznał, iż nie jest możliwe zakończenie robót w terminie umownym, tj. do dnia 21 września 2012 r., co odpowiada przesłankom z art. 635 k.c. Przedmiotowe oświadczenie zostało doręczone w dniu 25 września 2012 r. ( d: oświadczenie z dnia 14.9.2012 r. pismo GDDKiA znak (...) k. 243-246, zpo k. 247)

Pozwany zakwestionował złożone odstąpienie od umowy podnosząc, iż jest ono wadliwe formalnie oraz oparte zostało na przesłankach niezależnych od wykonawcy. Jednocześnie podtrzymał stanowisko co do zawarcia aneksu oraz udzielenia gwarancji zapłaty. (d: pismo pozwanego z dnia 3.10.2012 r. k. 362- 367)

Stanowisko w przedmiocie istnienia przesłanek odstąpienia od umowy i skutecznego złożenia w tym zakresie oświadczenia powód podtrzymał w piśmie z dnia 10 października 2012 r. oraz w piśmie z dnia 21 listopada 2012 r. (d : pismo GDDKiA z 10.10.2012 r. znak (...)k. 249-250, zpok. 251. pismo GDDKiA z 21.11.2012 r. znak (...) k. 253-255)

Również w dalszej korespondencji powód podtrzymał swoje stanowisko co do skutecznego odstąpienia od umowy. (d: pismo GDDKiA z 05.02.2013 r. k. 260-261 zpo k. 262)

W dniu 19 listopada 2012 r. powód wystawił notę obciążeniową nr (...) - z tytułu naliczonej kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w kwocie 118 000 zł, która odpowiadała 10% wartości zatwierdzonej kwoty kontraktowej brutto oraz wezwał pozwanego do zapłaty w/w kwoty w terminie 14 dni, które to zostało doręczone pozwanemu w dniu 23 listopada 2012 r. Ostatecznie w/w dokumenty zostały prawidłowo wystawione dopiero w dniu 11 grudnia 2012 r., tj. po podpisaniu przedmiotowej noty przez dwie osoby działające łącznie uprawnione do reprezentacji powoda. Przedmiotowa nota została doręczona w dniu 18 grudnia 2012 r. ( d: not obciążeniowa k. 268, zpo k. 269, wezwani do zapłaty nr (...)k. 271, nota nr (...)z dnia 11.12.2012 r. k. 274, pismo z dnia 11.12.2012 r. k. 273)

Z tytułu prac zrealizowanych w ramach umowy pozwany otrzymał wynagrodzenie w kwocie 71 500 zł, która odpowiadała wartości prac wskazanych w formularzu cenowym w pkt. 2 i 3. (okoliczność bezsporna)

W dniu 21 marca 2014 r. powód wystąpił przeciwko pozwanemu z wnioskiem o zawezwanie do ugody domagając się zapłaty kwoty 118 000 zł. wraz z odsetkami od dnia 7 grudnia 2012 r. (d: zawezwanie do ugody k. 277-279)

Powyższych ustaleń Sąd dokonał w oparciu o wskazane powyżej dokumenty złożone do akt sprawy jak również zeznania świadków a także opinię główną, uzupełniającą i ustną biegłego sporządzoną na podstawie postanowienia

z dnia 29 lipca 2015 r. (k. 741-742), postanowienia z dnia 15 lutego 2016 r. (k. 809-815) oraz z dnia 12 lipca 2016 r. (rozprawa 12.07.2016r. k. 880v-882)

Wskazując na dokumenty, które Sąd uznał za podstawę dokonanych ustaleń zaznaczyć należy, iż były to zarówno dokumenty o charakterze urzędowym jak i prywatnym, które stanowiły zasadniczo podstawę do określenia przebiegu zdarzeń, w tym oceny w przedmiocie zachowania czy uchybienia terminowości podejmowanych decyzji. Co również istotne żadna ze stron nie kwestionowała ani umowy z dnia 21 czerwca 2011 r., ani też treści dokumentów, które były podstawą do sporządzenia wyceny zadania, na wykonanie którego została zawarta w/w umowa. Podkreślić jednak należy, iż charakter tegoż dokumentu, tj. (...), którego następnie postanowienia w większości zostały powielone w postanowieniach umownych, w tym pod względem warunków określonych w art. 31 ust. 2 i art. 29 pzp, Sąd dokonał w oparciu o opinię biegłego mgr inż. M. K.. Treść przedmiotowych dokumentów należało jedynie przytoczyć w takim zakresie w jakim miała wyznaczać przedmiot zadania, który ostatecznie z uwagi na wybraną koncepcję projektową uległ zmianie wpływając na zakres prac i ich czasochłonność pod względem wykonania obiektu ale także na zakres i czasochłonność wymaganych opinii.

Również w oparciu o złożoną korespondencję, którą wymieniono pomiędzy stronami w toku realizacji umowy, jak również po złożeniu oświadczenia z dnia 14 września 2012 r., Sąd ustalił zasadniczo terminy, w których poszczególne etapy zadania były realizowane oraz jakie dokumenty były składane, jakie wymagania były im stawiane oraz co bezspornie z nich wynika w tym pełną akceptację powoda co do wybranej koncepcji projektu.

W ocenie Sądu najistotniejszym dowodem w sprawie, pozwalającym na ocenę zarówno prawidłowości przygotowanych przez powoda dokumentów przetargowych, w tym (...)

w kontekście regulacji prawa zamówień publicznych, wpływu wyboru koncepcji projektowej, konieczności wyjścia poza pas drogowy i wykonania projektu podziału działki nr (...), dowiązania projektu do styków z innym projektem realizowanym również na zlecenie powoda, i ich wpływu na zakres prac i czasochłonność, charakteru wezwań do uzupełniania karty informacyjnej, były zarówno opinia biegłego mgr inż. M. K., jego opinia uzupełniająca oraz opinia ustna złożona na rozprawie w dniu 12 lipca 2016 r., w której to zasadniczo potwierdził wszystkie wnioski zawarte w/w opiniach pisemnych. Zaznaczyć należy, iż zdaniem Sądu sporządzone opinie pisemne są rzeczowe, logiczne, szczegółowe a przy tym uwzględniają cały materiał dowodowy zgromadzony w sprawie. Stanowisko wyrażone przez biegłego jest jednoznaczne a jego motywy zostały przedstawione z przywołaniem zapisów dokonanych w dokumentacji kontraktowej oraz z uwzględnieniem wiedzy i doświadczenia technicznego, które szczególnie miało istotne znaczenie w kontekście danych jakim powinien odpowiadać Program F.-Użytkowy tak aby spełniał on wymogi prawa zamówień publicznych, pozwalał na jednoznaczne określenie obiektu, który powód chciał uzyskać w ramach przedmiotowego zadania.

W ocenie Sądu również fakt, iż ostatecznie biegły przyznał, że przy przygotowaniu koncepcji pozwany uczynił to z miesięcznym opóźnieniem jak również fakt, iż z miesięcznym opóźnieniem przygotował operat wodnoprawny w żaden sposób nie podważyły wniosków opinii, w której jednak biegły szczególną uwagę zwrócił na nieprawidłowo przygotowany Program F.-Użytkowy i mimo wszystko wskazał na szczególne zaangażowanie Wykonawcy w uzyskanie dokumentów/decyzji/pozwoleń niezbędnych do rozpoczęcia inwestycji. Zaznaczyć również wypada, iż odnośnie opóźnienia w przedstawieniu koncepcji nie można pominąć faktu, że pozwany złożył wymagane dokumenty 4 sierpnia 2011 r. brak jest przy tym informacji dlaczego termin posiedzenia (...) został wyznaczony dopiero na dzień 31 sierpnia 2011 r. Co do kwestii miesięcznego opóźnienia w zakresie złożenia operatu wodnoprawnego to przedmiotowa okoliczność nie może być przedmiotem oceny albowiem powód nie wskazał jej jako okres opóźnienia w oświadczeniu z dnia 14 września 2012 r. a tym samym nie może być brana pod uwagę jako przyczyna zawiniona przez Wykonawcę a tym samym jako jedna z przyczyn odstąpienia od umowy.

Co jednak istotne biegły korzystając ze swojego doświadczenia oraz wiedzy, w tym opierając się na przepisach prawnych jakim ma odpowiadać karta informacyjna przy wniosku

o wydanie decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych, wskazał na znaczenie i charakter dwóch wezwań do uzupełnienia przedmiotowej karty. Jednocześnie co również istotne podkreślił, że to czy ktoś zostanie wezwany do

uzupełnienia karty czy nie zasadniczo zależy od subiektywnej oceny dokonywanej przez osobę działającą w imieniu organu wydającego opinię przez co nie sposób również obciążać w/w czynnościami, pod względem niezachowania terminu, Wykonawcy. Powyższe jest również zgodne z dalszym twierdzeniem biegłego, który podkreślił, że informacje których domagał się organ, sam powinien określić a ponadto również z postanowieniami umowy pkt. 6, w którym przewidziano tylko orientacyjnie czas na uzyskanie decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych, który miał wynosić 3 miesiące. W ocenie Sądu, w kontekście w/w wniosków zawartych w opinii biegłego, należało uznać, iż cały okres przez który trwała procedura wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach a nawet do uzyskania ostateczności to czas, który nie może być traktowany jako opóźnienie Wykonawcy a także wliczany do czasu przewidzianego na realizację inwestycji.

Co jednak najważniejsze biegły potwierdził również, że dalsze prace były realizowane symultanicznie, tj. projekt budowlany był tworzony wraz z uzyskiwaniem wymaganych decyzji i pozwoleń, niemniej jednak ostatecznie przy wydaniu decyzji (...) konieczne było uzgodnienie nie tylko zmiany nazwy zadania, zmiany kilometrażu ale także dokonanie podziału działki ewidencyjnej nr (...), które to prace mogły być podjęte dopiero po zakończeniu prac w tym zakresie realizowanych w ramach innego projektu na zlecenie również powoda ale przez (...) Sp. z o.o., która jednak odmówiła współpracy w tym zakresie z projektantami wykonującymi pracę na zlecenie pozwanego.

Sąd dał również wiarę zeznaniom świadków M. Z. i M. S., za wyjątkiem twierdzeń, iż zakres prac oraz czas ich wykonania nie różnił się niezależnie od tego czy zakres przedmiotu zamówienia obejmował przebudowę czy też rozbudowę mostu jak również, że ostateczna nazwa przedmiotu zamówienia miała zostać określona dopiero po zatwierdzeniu koncepcji. Powyższe bowiem pozostaje w sprzeczności nie tylko z zapisami Programu F.-Użytkowego ale przede wszystkim celem w jakim jest tworzony i warunkami jakim powinien odpowiadać przedmiotowy dokument zgodnie z prawem zamówień publicznych. Na powyższe zwrócił również uwagę biegły wskazując we wnioskach, iż określenie istotnych parametrów obiektu, które pozwalałyby jednoznacznie sporządzenie koncepcji projektowej było możliwe a przede wszystkim należało określić w sposób jednoznaczny warunki brzegowe, granice inwestycji. Z uwagi na powyższe twierdzenia świadków jakoby ostateczna nazwa inwestycji miała zostać określona dopiero po wyborze koncepcji, wobec braku wyrażnie takiego postanowienia w Programie F.-Użytkowym, nie mogą być uznane za uzgodnienia, ustalenia obu stron umowy. Ponadto, jak świadek M. Z. przyznał, nie uczestniczył on ani w przygotowaniu dokumentów przetargowych jak również nie wiedział czy kwota jaką wstępnie przewidział powód była wystarczająca na wykonanie rozbudowy mostu a nie tylko na jego przebudowę.

W pozostałym zakresie zeznania w/w świadków, w tym wskazujące zarówno na rodzaj koncepcji, zakres robót zleconych Wykonawcy, fakt przekazania dopiero na posiedzeniu (...) rzędnych wyniesienia mostu czy konieczności uzgodnienia styków dwóch projektów, jako kompatybilne z dokumentami złożonymi do akt sprawy, które zostały uznane za podstawę dokonanych ustaleń, w ocenie Sądu zasługiwały na przyznanie im waloru wiarygodności.

Ponadto Sąd uznał również za rzeczowe i logiczne zeznania świadków A. W., J. M. oraz J. W.. Zaznaczyć należy, iż dotyczą one wyłącznie zakresu czynności, w których w/w osoby uczestniczyły, w tym odnośnie przygotowania wymaganych dokumentów jak również odczytanego przez pozwanego zakresu inwestycji wynikającego z zawartej umowy, na który rzutowała nazwa zadania a także braku określenia w sposób jednoznaczny parametrów obiektu. Ponadto odnośnie kwestii braku możliwości przygotowania projektu podziału działki ewidencyjnej nr (...) z przyczyn niezależnych od podwykonawcy, zeznania w/w świadków są w całości kompatybilne zarówno z dokumentami potwierdzającymi tę okoliczność w przypadku dokonania już zgłoszenia tego typu prac w ramach innego projektu jak również z wnioskami biegłego zarówno zawartymi w opinii głównej jak i uzupełniającej. Podkreślić również wypada, że przedmiotowe prace były realizowane przez świadków osobiście. Jak przyznał nawet A. W. to on przywoził dokumenty oraz je odbierał. W celu przyspieszenia działań podejmowali również bezpośrednią współpracę z urzędami aby w przypadku konieczności uzupełnień realizować przedmiotowe czynności niezwłocznie.

Zaznaczyć również należy, iż żaden ze świadków, tj. ani A. W. ani J. M. nie zaprzeczył, iż w dokumentach przetargowych zawarte były sugestie co do ewentualnego uzyskania decyzji (...), co jak wskazał J. M. wiązało się już z wyjściem poza pas drogowy i zmianą zakresu robót z przebudowy na rozbudowę. Ponadto świadkowie dokładnie wskazali w jaki sposób, wybór koncepcji wpłynął na zakres prac w tym projektowych, które jak przyznali zasadniczo nie zmieniły się pod względem ilości dokumentów lecz znacznie wydłużył się czas uzyskania wymaganych opinii.

Oceniając wiarygodność zeznań w/w świadków Sąd miał również na uwadze fakt, iż w/w nie zaprzeczyli, że wykonanie ostatecznej koncepcji faktycznie trwało dłużej niż czas przewidziany na tę czynność w umowie. Sami wskazali na miesięczne opóźnienie, co jednak było związane z podaniem ostatecznie wymagań, oczekiwań Zamawiającego i zmianą zakresu robót.

Oceniając natomiast wyjaśnienia złożone przez M. B. w charakterze strony Sąd uznał, iż nie wniosły one nic istotnego do sprawy. Przede wszystkim jak sam wskazał nie uczestniczył on ani w przygotowaniu dokumentacji przetargowej, zawarciu umowy, ani

w spotkaniach dotyczących wyboru koncepcji, jak również nie wiedział nawet jakimi środkami dysponował Zamawiający na przedmiotową inwestycję. Zwrócić również należy uwagę, że

w wyjaśnieniach w/w wskazuje, iż celem była przebudowa istniejącego obiektu (k. 882v), jak również, że powód liczył się ze zmianą przedmiotu zamówienia pomimo, iż de facto w żadnych ustaleniach odnośnie w/w kwestii nie uczestniczył. Jak wynika z wyjaśnień, jego wiedza zasadniczo oparta jest na zapoznaniu się z dokumentami, które zostały złożone do akt sprawy

i stanowiły podstawę ustaleń faktycznych jak również informacjach technicznych uzyskanych

z racji posiadanego wykształcenia. Ponadto złożone przez niego wyjaśnienia, w tym w zakresie wystąpienia o zapewnienie finansowania inwestycji na rok 2013, nie znajdują żadnego oparcia w pozostałym materiale dowodowym, lecz stanowią wyłącznie gołosłowne stwierdzenia osoby, która w okresie gdy zadanie było realizowane nie posiadała żadnych uprawnień decyzyjnych.

Sąd nie poczynił również ustaleń w oparciu o pisma, które dotyczyły innego zadania inwestycyjnego a mianowicie o pismo GDDKiA z dnia 04.01.2013 r. ( k. 257) jak również

o pisma dotyczące kwestii dalszych rozliczeń w zakresie praw autorskich, tj. pismo z dnia 13 lutego 2013 r. (k. 264-265, zpo k. 266) albowiem pozostają one bez znaczenia dla oceny zasadności odstąpienia od umowy jak również naliczenia kary umownej. Ponadto za podstawę ustaleń nie zostały uwzględnione dokumenty dotyczące konsorcjum podwykonawczego czy też odstąpienia od umowy złożonego przez podwykonawcę. Pozostają one co prawda w związku z realizacją umowy z dnia 21 czerwca 2011 r. niemniej jednak nie dotyczyły okoliczności przedmiotowo istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

### **Sąd zważył, co następuje:**

W oparciu o całokształt zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Sąd uznał, iż powództwo podlegało oddaleniu w całości:

- po pierwsze z uwagi na brak podstaw do przyjęcia, iż doszło w sposób skuteczny do odstąpienia od umowy z dnia 21 czerwca 2011 r. na podstawie oświadczenia złożonego w dniu 14 września 2012 r. w oparciu o zapisy kontraktu (...);

- po drugie z uwagi na fakt, że okoliczności, które skutkowały ostatecznie nie dochowaniem czasu na ukończenia zadania inwestycyjnego, czyli realizacją zadania w terminie 15 miesięcy nie można uznać za zwłokę czyli okoliczności zawinione przez pozwanego aby stanowiły podstawę do naliczenia kary umownej określonej w (...);

- po trzecie z uwagi na fakt, iż od samego początku nie było możliwe ukończenie inwestycji w terminie 15 miesięcy biorąc pod uwagę zakładany nawet przez powoda okres sześciu miesięcy na uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach jak również decyzji (...) co już dawało co najmniej okres 16 miesięcy, a tym samym data 21 września 2012 r. nie była prawidłowo określoną datą zakończenia inwestycji;

- po czwarte z uwagi na fakt, iż program funkcjonalno-użytkowy nie był przygotowany w sposób jednoznaczny, lecz dopuszczał możliwość sporządzenia różnych koncepcji projektowych, nie zawierał jednoznacznie określonych parametrów obiektu ani materiałów, z których miał być wykonany obiekt, przy czym część parametrów w tym wyniesienie rzędnej spodu konstrukcji mostu ponad rzedną wysokiej wody – światło mostu, istnieje konieczność zmiany pikietażu inwestycji poprzez dowiązanie chodnika z uwagi na realizowaną przez powoda inną inwestycję, zostało przedstawione pozwanemu dopiero w trakcie realizacji zadania, tj. w dniu 31 sierpnia 2011 r.

Przede wszystkim wskazać należy, iż istotą sporu w niniejszej sprawie było ustalenie czy odstąpienie od umowy złożone w dniu 14 września 2012 r. przez powoda było skuteczne, czy na jego podstawie doszło do rozwiązania umowy a także czy do przedmiotowego rozwiązania doszło z przyczyn zawinionych przez pozwanego co uzasadniało dopiero obciążenie pozwanego karą umowną wynoszącą 10% zaakceptowanej kwoty kontraktowej brutto. W toku postępowania pozwany oraz interwenient uboczny podęli zaś inicjatywę dowodową mającą na celu wykazanie, iż po pierwsze opóźnienia jakie zaistniały w realizacji poszczególnych części zadania nie były zawinione przez pozwanego w tym, że wiązały się one ze zwiększeniem zakresu robót, zmianą nazwy zadania i nieprawidłowo opisanym przedmiotem zamówienia.

Mając na uwadze zgromadzony materiał dowodowy bezsporne było, że strony zawarły w dniu 21 czerwca 2011 r. umowę dotyczącą realizacji zadania oznaczonego jako zaprojektowanie i wykonanie przebudowy mostu przez potok B. w miejscowości B., w ciągu drogi krajowej nr (...) W. – J. w km 153+931 wraz z przebudową dojazdów oraz istniejących sieci uzbrojenia terenu kolidujących z planowanym zadaniem inwestycyjnym. System, w którym zadanie miało być wykonane określony został jako „zaprojektuj i wybuduj”, co oznaczało, że wszystkie obowiązki w tym dotyczące dokumentacji projektowej, uzyskania odpowiednich decyzji, pozwoleń, uzgodnień, oraz ostateczne wykonanie obiektu, spoczywały na pozwanym.

Podstawą do realizacji tych czynności był wyłącznie przygotowany przez powoda Program F.-Użytkowy oraz przepisy prawa.

Wymagania programu funkcjonalno-użytkowego określa zapis art. 31 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej oznaczona jako pzp), w myśl którego jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego, który obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.

W myśl § 18 i 19 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2004r. nr 202 poz. 2072), na program funkcjonalno-użytkowy składają się następujące informacje oraz dokumenty:

- opis ogólny przedmiotu zamówienia;
- opis wymagań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu lub zakres robót budowlanych;
- aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia;
- ogólne właściwości funkcjonalno-użytkowe;

- szczegółowe właściwości funkcjonalno-użytkowe wyrażone we wskaźnikach powierzchniowo-kubaturowych ustalone zgodnie z Polską Normą PN-ISO 9836:1997 "Właściwości użytkowe w budownictwie;
- określenie wskaźników powierzchniowych i kubaturowych", jeśli wymaga tego specyfika obiektu budowlanego, w szczególności: powierzchnie użytkowe poszczególnych pomieszczeń wraz z określeniem ich funkcji; wskaźniki powierzchniowo-kubaturowe, w tym wskaźnik określający udział powierzchni ruchu w powierzchni netto; inne powierzchnie, jeśli nie są pochodną powierzchni użytkowej opisanych wcześniej wskaźników; określenie wielkości możliwych przekroczeń lub pomniejszenia przyjętych parametrów powierzchni i kubatur lub wskaźników;
- wymagania zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia dotyczące: przygotowania terenu budowy, architektury, konstrukcji, instalacji, wykończenia, zagospodarowania terenu;
- cechy obiektu dotyczące rozwiązań budowlano-konstrukcyjnych i wskaźników ekonomicznych;
- warunki wykonania i odbioru robót budowlanych odpowiadających zawartości specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych;
- dokumenty potwierdzające zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów;
- oświadczenie zamawiającego stwierdzające jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane;
- przepisy prawne i normy związane z projektowaniem i wykonaniem zamierzenia budowlanego;
- inne posiadane informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych, w szczególności: kopia mapy zasadniczej, wyniki badań gruntowo-wodnych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektów, zalecenia konserwatorskie konserwatora zabytków, inwentaryzację zieleni, dane dotyczące zanieczyszczeń atmosfery do analizy ochrony powietrza oraz posiadane raporty, opinie lub ekspertyzy z zakresu ochrony środowiska, pomiary ruchu drogowego, hałasu i innych uciążliwości, inwentaryzację lub dokumentację obiektów budowlanych, jeżeli podlegają one przebudowie, odbudowie, rozbudowie, nadbudowie, rozbiórkom lub remontom w zakresie architektury, konstrukcji, instalacji i urządzeń technologicznych, a także wskazania zamawiającego dotyczące zachowania urządzeń naziemnych i podziemnych oraz obiektów przewidzianych do rozbiórki i ewentualne uwarunkowania tych rozbiórek, porozumienia, zgody lub pozwolenia oraz warunki techniczne i realizacyjne związane z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych, energetycznych i teletechnicznych oraz dróg samochodowych, kolejowych lub wodnych, dodatkowe inwestorskie i uwarunkowania związane z budową i jej przeprowadzeniem.

Program funkcjonalno-użytkowy powinien na podstawie art. 29 ust. 1 p.z.p. opisywać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, ze wskazaniem, które informacje stanowią wymagania do spełnienia przez wykonawcę, a które jedynie sugestie.

Co również istotne do obowiązków Wykonawcy nie należy dokładne sprawdzanie programu funkcjonalno-użytkowego lecz ma on prawo domniemywać na podstawie art. 29 ust. 1 p.z.p., że program funkcjonalno-użytkowy zawiera wszystkie informacje i dokumenty niezbędne do sporządzenia dokumentacji projektowej.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy podnieść wypada, iż jak wskazał biegły informacje zawarte w Programie F.-Użytkowym stanowiącym podstawę do sporządzenia oferty w tym określenia zadania, które zgodnie z zamówieniem publicznym miało zostać wykonane, nie zawierały jednoznacznego zakresu prac projektowych w odniesieniu co do długości dojazdów do obiektu mostowego pomimo, iż zgodnie z § 18 pkt. 2 ppkt 1 cyt. rozporządzenia

opis ogólny przedmiotu zamówienia powinien obejmować charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu lub zakres robót budowlanych.

Powyższe rzutowało na zakres prac i ich czasochłonność, które nie były tożsame dla zadania określonego przez powoda jako „Zaprojektowanie i wykonanie przebudowy mostu przez potok B. w miejscowości B., w ciągu drogi krajowej nr (...) W.-J. w km 153+931 wraz z przebudową dojazdów oraz istniejących sieci uzbrojenia terenów kolidujących z planowanym zadaniem inwestycyjnym” a wykonywanym przez Wykonawcę projektem. Również Zamawiający formułując przedmiot zamówienia nie określił jednoznacznie granic opracowania zadania wykonywanego przez pozwanego oraz przez (...) Sp. z o.o. na granicy działki ewidencyjnej nr (...) obręb (...) B.. (opinia biegłego M. K. k. 741-742, ustne opiniowanie rozprawa 12.07.2016r. godz. 00:08:22 k. 880v )

Ponadto dopiero w toku realizacji prac projektowych powód podał pozwanemu kolejne dane oraz zlecił dowiązanie realizowanego projektu z projektem zleconym przez (...) Sp. z o.o. Przedmiotowe dane dotyczyły wyniesienia rzędnej mostu oraz zobowiązania Wykonawcy do uzgodnienia styków projektowych z autorem dokumentacji zabezpieczenia osuwiska, które w rezultacie skutkowało zmianą nazwy projektu, częściowo zakresu prac, czasu ich wykonania oraz zmianą kilometraża. (protokół (...) z 31.08.2011 r. k. 158-161) Podkreślić również należy, że pozwany nie może ponosić negatywnych konsekwencji ani niedokładnego, niejednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia jak również zmiany czy wskazywania nowych parametrów już w trakcie realizacji projektu, które de facto wpływają na zakres prac, w tym na konieczność podjęcia prac podziałowych odnośnie działki nr (...), co kolidowało z pracami już realizowanymi w ramach innego projektu przez (...) Sp. z o.o., zleconymi również przez powoda.

Na przedmiotowe nieścisłości, pozostawienie dowolności w przygotowaniu koncepcji, brak co najmniej dokumentów geologicznych wskazali również świadkowie J. M. czy A. W.. Co przy tym istotne również sam powód przyznaje, iż przygotowane dokumenty przetargowe zawierały w sobie i elementy zadania, które realizowane by było jako przebudowa lub też jako rozbudowa. Powyższe pozwala zatem uznać, iż sposób przygotowania (...), w sposób niejednoznaczny, był świadomym działaniem Zamawiającego zmierzającym do przerzucenia wszystkich prac, tj. takich które okażą się konieczne, na Wykonawcę, przy przyjęciu stałej kwoty określonej ryczałtowo. Przedmiotowa praktyka w świetle cytowanych przepisów prawa zamówień publicznych nie może uzyskać aprobaty Sądu. Zaznaczyć bowiem wypada, iż niedopuszczalne jest kształtowanie przedmiotu zamówienia, tj. zamierzenia, które chce uzyskać Inwestor, dopiero po zawarciu umowy. Stosowanie tego typu działań uniemożliwia bowiem dokonanie, w sposób rzetelny i uwzględniający wszystkie koszty, wyceny prac koniecznych do wykonania, oszacowania przyjętego czasu na ich wykonanie a temu właśnie celowi sporządzenie w/w dokumentu ma służyć.

Przechodząc dalej już do kwestii dotyczących kary umownej dochodzonej przez powoda zaznaczyć należy, iż zgodnie z art. 483 § 1 k.c. strony umowy mogą zastrzec, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody (art. 484 § 1 zd. 1 k.c). Jej skuteczne zastrzeżenie nie zwalnia dłużnika z obowiązku zapłaty nawet w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody (uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 06.11.2003 r. - zasada prawna - III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 4, poz. 69). Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej określonej w art. 483 § 1 k.c. pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c. i nast.), co wynika z celu kary umownej – kara umowna stanowi bowiem surogat odszkodowania mającego kompensować negatywne dla wierzyciela konsekwencje wynikające z niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania – jak i z umiejscowienia przepisów o karze umownej w kodeksie cywilnym wśród przepisów działu stanowiącego o skutkach niewykonania zobowiązania. Oznacza to, że kara umowna należy się wówczas, gdy spełnione zostały przesłanki odpowiedzialności ex contractu, z wyłączeniem – jak wyżej wskazano – wykazywania szkody.

Powyższe wskazuje również, że do przesłanek istotnych dla dochodzenia należności

z tytułu kary umownej należy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Chodzi jednak o taki przypadek naruszenia przez dłużnika istniejącej więzi zobowiązaniowej, za który on odpowiada.

Rozkład ciężaru dowodu polega zatem na wykazaniu przez stronę, która wskazuje, iż przysługuje jej wierzytelność z tego tytułu:

1. istnienia umowy - stosunku zobowiązaniowego i zastrzeżenia kary umownej;
2. faktu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika.

Podporządkowanie kary umownej podstawom odpowiedzialności kontraktowej powoduje, że zobowiązany do jej zapłaty może się stosownie do treści art. 471 k.c. w związku

z art. 472 k.c. bronić zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 1999 r., sygn. akt III CKN 166/98, niepubl., z dnia 13 czerwca 2003 r., sygn. akt III CKN 50/01, niepubl., z dnia 5 października 2003 r., sygn. akt I CK 137/02, niepubl., z dnia 11 marca 2004 r., V CK 369/09, niepubl., z dnia 31 marca 2004 r., III CK 446/02, z dnia 8 lipca 2004 r., IV CK 583/03, z dnia 7 lipca 2005 r., V CSK 234/07, z dnia 7 grudnia 2007 r., III CSK 234/07, z dnia 11 stycznia 2008 r., V CSK 362/07, z dnia 18 stycznia 2008 r. V CSK 385/07, jak również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r., II CSK 180/10) W orzeczeniach tych Sąd Najwyższy zajmował jednoznaczne stanowisko, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z przyczyn, za które odpowiada strona zobowiązana, stanowi podstawową przesłankę powstania roszczenia o zapłatę kary umownej (art. 483 k.c. w związku z art. 471 k.c.). Ustawowa konstrukcja kary umownej nie opiera się więc na mechanizmie gwarancyjnym, lecz na ogólnych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej.

Z uwagi na powyższe odpowiednio na pozwanym w niniejszym postępowaniu spoczywał ciężar wykazania, że:

- nie wykonanie w terminie zobowiązania - nastąpiło z przyczyn przez niego niezawinionych, tj. że nie ponosi winy;
- jak również w celu ewentualnego miarkowania wysokości kary, że wierzyciel nie poniósł szkody.

Bezsporne jest przy tym, iż podstawową przesłanką żądania kary umownej jest jej wcześniejsze, ważne i skuteczne zastrzeżenie, które określa w jakich sytuacjach oraz w jakiej wysokości strony umówiły się, że powstanie dodatkowe zobowiązanie umowne.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że strony formułując Szczególne Warunki Kontraktu stanowiące integralną część umowy zawartej w dniu 21 czerwca 2011 r. miały prawo zastrzec postanowienia nakładające w określonych sytuacjach obowiązek zapłaty kary umownej. Takie też zobowiązanie zostało określone w (...), w myśl którego wykonawca miał zapłacić karę umowną w wysokości 10 % Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej brutto w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. ( k. 125) Dodatkowo również na końcu klauzuli (...) dodano, że w/w karę Wykonawca zapłaci za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy, w wysokości podanej w (...). ( k. 128v)

W ocenie Sądu powyższe zapisy wskazują wyraźnie na istnienie ważnej klauzuli zastrzegającej powstanie po stronie Wykonawcy obowiązku zapłaty kary umownej w wysokości 10% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej w każdym przypadku odstąpienia od umowy, tj. czy to zaistnienia przesłanek odstąpienia umownego czy też odstąpienia na podstawie ustawy nie mniej jednak tylko wówczas gdy doszło do tego z przyczyn zależnych od Wykonawcy, tj. przez niego zawinionych.

Tym samym nie każde odstąpienie od umowy dokonane przez Zamawiającego było jednoznaczne z zaktualizowaniem się warunków dodatkowego zastrzeżenia umownego

w postaci kary umownej. Podkreślić również należy, iż przypadku umów o roboty budowlane, zasadniczo w sytuacji odstąpienia od umowy, następuje zniweczenie ex tunc węzła obligacyjnego wynikającego z umowy, nie mniej jednak nadal utrzymują się postanowienia umowne dotyczące kar umownych, przewidziane przez strony właśnie na wypadek

odstąpienia od umowy, gdy zgodnie z art. 494 k.c. aktualizuje się odpowiedzialność jednej ze stron umowy za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania. (uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z 18.07.2012r. sygn. akt III CZP 39/12 publ. OSNC z 2013 r. nr 2 poz. 17)

Jak stwierdził Sąd Najwyższy w cyt. powyżej uzasadnieniu uchwały zakres szkody spowodowanej niewykonaniem zobowiązania w następstwie odstąpienia od umowy jest specyficzny. Na jej rozmiar wpływa szkoda doznana na skutek określonego przejawu nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika w okresie poprzedzającym odstąpienie od umowy, jak również wszelkie koszty, jakie poniosła strona w związku z koniecznością odstąpienia od niej.

Reasumując powyższe wskazać wypada, iż wobec wprowadzenia dodatkowego zastrzeżenia w postaci kary umownej konieczne było wykazanie przez stronę powodową, zgodnie z obowiązującym ciężarem dowodu (art. 6 k.c.), iż dokonane przez Zamawiającego odstąpienie od umowy było skuteczne, tj. zarówno pod względem formalnym jak również, że istniały przesłanki uzasadniające odstąpienie od umowy, tj. że faktycznie wystąpiły przyczyny wskazane w oświadczeniu o odstąpieniu.

Jak wskazano już powyżej, strony zastrzegły prawo umownego odstąpienia w przypadkach określonych w (...). Podlegało ono ocenie przez pryzmat art. 395 § 1 k.c. zgodnie z którym jednej lub obu stronom może przysługiwać w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Prawo to wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie.

W doktrynie wskazano, iż jest to dodatkowe zastrzeżenie umowne stanowiące podstawowy instrument oddziaływania stron kontraktu na trwałość stosunku zobowiązaniowego i chociaż osłabia łączącą strony więź obligacyjną, to pozwala ukształtować ją w sposób bardziej elastyczny, lepiej zabezpieczający interes strony uprawnionej.

Przed przystąpieniem do oceny ważności/skuteczności przedmiotowego zastrzeżenia, na które powód powołał się składając oświadczenie o odstąpieniu od umowy w dniu 14 września 2012 r. zwrócić jeszcze należy uwagę na warunki formalne, których spełnienie zastrzegły same strony umowy, jako element skuteczności złożonego oświadczenia rozwiązującego stosunek umowny.

Zgodnie z (...) (drugi akapit) strony same przewidziały, iż w każdym z ustalonych przypadków Zamawiający będzie mógł, po daniu Wykonawcy powiadomienia z 14-dniowym wyprzedzeniem odstąpić od kontraktu i usunąć Wykonawcę z Placu Budowy. Możliwość odstąpienia wyłącznie za pomocą powiadomienia, tj. ze skutkiem natychmiastowym strony przewidziały wyłącznie w dwóch sytuacjach, które w niniejszej sprawie nie są ani przedmiotem oceny ani też nie były wskazywane w oświadczeniu o odstąpieniu jako przyczyna podjęcia w/w decyzji przez Zamawiającego.

Dokonując wykładni przedstawionej powyżej konstrukcji, zgodnie z zasadami określonymi w art. 65 § 2 k.c., mając przy tym na uwadze fakt, iż przedmiotowe zapisy zostały zawarte w Ogólnych Warunkach Kontraktu, stanowiących wzorzec przygotowany przez powoda, bez jakiegokolwiek wpływu na jego postanowienia ze strony pozwanego, należało wszelkie nieścisłości interpretować na korzyść Wykonawcy. Mając zatem na uwadze powyższe oraz fakt, iż strony umowy powinny być chronione w jednakowym stopniu, przy uwzględnieniu zasadniczego celu umowy, którym było dążenie do jej wykonania i uzyskania zastrzeżonego w niej rezultatu, należało uznać, iż same strony przyjęły dla wywołania skutku odstąpienia od umowy konieczność złożenia dwóch oświadczeń. Pierwsze stanowiło powiadomienie, że powód zamierza odstąpić od umowy oraz oznaczenie terminu nie krótszego niż 14 dni, po którym złoży oświadczenie o odstąpieniu od umowy. W ocenie Sądu spełnienie w/w wymagań stwarzało bezpieczeństwo dla sytuacji pozwanego, który jako strona zobowiązana zgodnie z postanowieniami umowy powinien być uprzedzony o zamiarze powoda.

Analizując pisma, które zostały wymienione pomiędzy stronami przed dniem 14 września 2012 r. wskazać należy, iż w żadnym z nich Zamawiający poza wezwaniem do złożenia poprawionego wniosku o wydanie decyzji (...) czy uaktualnienia harmonogramu nie wskazał, iż zamierza odstąpić od umowy. Jedyne pismo, które zostało złożone to oświadczenie z dnia 14 września 2012 r. W ocenie Sądu nie mogło ono jednak skutkować umownym odstąpieniem

od umowy w oparciu o przesłanki z (...)z uwagi na fakt, iż co najwyżej stanowiło powiadomienie, po którym to i po upływie 14 dni od jego doręczenia pozwanemu, powód powinien dopiero złożyć oświadczenie o odstąpieniu od umowy podpisane przez dwie osoby uprawnione do reprezentacji powoda. Zwrócić bowiem wypada uwagę na fakt, iż oświadczenie o odstąpieniu od umowy jest jednostronną czynnością prawną, dokonywaną przez uprawnionego w drodze oświadczenia woli składanego drugiej stronie (art. 61 k.c.), dla którego wymagana jest forma pisemna zwykła jeżeli umowa została zawarta w formie pisemnej lub innej formie szczególnej (art. 77 § 2 i 3 k.c.). Powyższe oznacza zatem, iż oświadczenie o odstąpieniu po upływie okresu wskazanego w (...) powinno być złożone w formie pisemnej i doręczone pozwanemu w taki sposób aby mógł się z nim zapoznać.

W okolicznościach niniejszej sprawy bezsporne jest, iż pomimo przesłania pozwanemu kolejnych pism, odpowiednio w dniach 10 października 2012 r., 21 listopada 2012 r. czy 5 lutego 2013 r., w żadnym z nich powód nie złożył oświadczenia o odstąpieniu od umowy, podtrzymując jedynie stanowisko, iż taki skutek wywarło oświadczenie z dnia 14 września 2012 r.

Z uwagi na powyższe, w ocenie Sądu pismo z dnia 14 września 2012 r. w myśl (...) akapit drugi (...) stanowiło wyłącznie powiadomienie, które jednakże dla wywołania skutku odstąpienia od umowy w oparciu o wskazane przesłanki kontraktowego odstąpienia wymagało złożenia kolejnego oświadczenia, a takie nigdy nie zostało sporządzone, ani nie doszło do wiadomości pozwanego.

Ponadto należało również ocenić przedmiotowe zastrzeżenie umownego odstąpienia od umowy w kontekście warunków art. 395 § 1 k.c.

Dla skutecznego zastrzeżenia prawa odstąpienia kontrahenci muszą zawrzeć ważną umowę i ograniczyć przyznaną kompetencję terminem końcowym. Przepis art. 395 § 1 k.c. dopuszcza przyznanie jednej lub obu stronom umownego prawa odstąpienia wyłącznie w ciągu oznaczonego umową terminu. Może on być dość odległy i upływać w czasie, gdy świadczenie powinno być wykonywane. Jednak zważywszy na funkcje, jakie ów końcowy termin pełni (ograniczenie stanu niepewności), strony nie mogą wyznaczyć go zupełnie dowolnie; jako element umowy podlega on ocenie w świetle art. 58 § 1 i art. 353<sup>1</sup> k.c. Termin musi być oznaczony przez wskazanie zdarzenia przyszłego i pewnego (najczęściej określa się go datą) i jeżeli strony inaczej nie postanowiły, do jego obliczenia znajdują zastosowanie przepisy art. 111 i n. k.c. Brak oznaczenia terminu powoduje, że zastrzeżenie prawa odstąpienia jest nieważne (art. 58 k.c.). (Komentarz do kodeksu cywilnego pod red. Adama Olejniczaka 01.05.2014r.)

Jak zatem wynika z powyższego do elementów obligatoryjnych zastrzeżenia prawa odstąpienia od umowy należy zaliczyć:

- określenie strony, której przysługuje prawo odstąpienia;
- wskazanie terminu, po upływie którego prawo odstąpienia wygasa.

Przepis art. 395 § 1 zd. 1 k.c. określający istotne elementy kontraktowego prawa odstąpienia ma charakter iuris cogentis, stąd też nie jest dopuszczalne wyłączenie przez strony oznaczenia terminu (tak w systemie Prawa Prywatnego, Prawo zobowiązań - część ogólna, tom 5 pod. Red. Ewy Łętowskiej, Wydawnictwo C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN Warszawa 2006, str. 939). Przemawia za tym funkcjonalna wykładnia tego przepisu - brak ograniczenia prawa odstąpienia terminem prowadziłby do powstania nieracjonalnego stanu niepewności i pozbawienia drugiej strony możliwości trwałego czerpania korzyści z zawartej umowy.

Brak zatem jednego z elementów umownego zastrzeżenia prawa odstąpienia, a przede wszystkim wskazania terminu, w ciągu którego można skorzystać z prawa odstąpienia, powoduje nieważność zastrzeżenia prawa odstąpienia - art. 58 § 3 k.c. (tak System (...) op. cit. str. 939).

Kontraktowa klauzula odstąpienia może być poszerzona o dalsze fakultatywne składniki, np. określenie przesłanek odstąpienia - tak jak w przypadku umowy z 21 czerwca 2011 r. - ale nie eliminuje to określenia terminu dla realizacji umownego prawa odstąpienia.

Pojawiający się w związku z zastrzeżeniem prawa odstąpienia stan niepewności, co do istnienia stosunku zobowiązaniowego zostaje zgodnie z art. 395 § 1 k.c. ograniczony przez ustalenie terminu przed nadejściem którego prawo to powinno być wykonane. Termin ten jest terminem końcowym i zarazem terminem zawitym do wykorzystania uprawnienia kształtującego.

Również przepis art. 492 k.c. nie zawiera ustawowego prawa odstąpienia od umowy bez wymogu wyznaczenia terminu.

Tzw. klauzula legis commissoriae z art. 492 k.c. jest szczególnym rodzajem umownego prawa odstąpienia. Poprzez to zastrzeżenie jednej ze stron zostaje przyznane prawo odstąpienia od umowy wzajemnej na wypadek niewykonania przez drugą stronę zobowiązania w ściśle oznaczonym terminie.

Przepis art. 492 k.c. stanowi *lex specialis* wobec art. 395 § 1 k.c., ale tylko w zakresie wskazania dodatkowej przesłanki odstąpienia (niewykonania przez dłużnika świadczenia w oznaczonym terminie).

Nie zostaje natomiast uchylony wymóg ograniczenia uprawnienia do odstąpienia terminem końcowym, odnosi się on bowiem do wszystkich umownych klauzul odstąpienia (tak System (...) op. cit. str. 941).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać wypada, iż OWK stanowią przykład warunków kontraktowych z języka angielskiego, niemniej jednak wskazane w nich instytucje podlegają ocenie zgodnie z prawem polskim, co zresztą zostało wyraźnie określone

w (...) (k. 117) i odpowiada zapisom art. 139 ust. 1 pzp. Tym samym nie ulega wątpliwości, że warunki, które zostały zastrzeżone dla ważności instytucji umownego prawa odstąpienia w art. 395 § 1 k.c. mają w całości zastosowane do oceny postanowień (...) Analizując przedmiotowe postanowienia wskazać wypada, iż poza sytuacjami, których wystąpienie może skutkować odstąpieniem od umowy, które są zdarzeniami niepewnymi, nie został określony termin końcowy, w którym z takiego prawa powód może skorzystać. Brak przedmiotowego terminu prowadzi jednoznacznie do wniosku, iż uczynione zastrzeżenie o ile w prawie anglosaskim mogło odnieść skutek o tyle nie do końca odpowiada warunkom prawa polskiego a wręcz wobec braku terminu końcowego przedmiotowe zastrzeżenie jest nieważne a oświadczenie gdyby zostało złożone na podstawie (...) byłoby nieskuteczne. Faktem jest, iż przedmiotowy termin końcowy skorzystania

z instytucji umownego prawa odstąpienia może być określony przez zdarzenie przyszłe, które jest jednak pewne. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 28 sierpnia 2014 r. sygn. akt I ACa 386/14 (niepubl) „w/w termin może być określony w taki sposób, iż już w chwili zastrzegania prawa odstąpienia jego wpływ jest dokładnie umiejscowiony w czasie (*dies cetrus an*, *certus quando*, np. ustalenie daty kalendarzowej lub czasu wyrażonego w dniach, miesiącach). Wskazanie terminu może również polegać na odwołaniu się przez strony do zdarzenia przyszłego, acz pewnego, choć niedającego się jednoznacznie umiejscowić w czasie (*dies cetrus an*, *incertus quando*). Nie jest natomiast skuteczne określenie tego terminu przez wskazanie zdarzenia przyszłego, które nie daje się umiejscowić w czasie i którego wystąpienie nie jest według rozsądnych, obiektywnych oczekiwań ludzkich niewątpliwie (*dies incertus an*, *incertus quando*). W takim zastrzeżeniu brak bowiem elementu pewności co do wystąpienia zdarzenia wyznaczającego kres terminu (skutek *ad quem*).”

Mając zatem na uwadze fakt, iż w postanowieniu umownym zawartym w subklauzuli 15.2 przedmiotowy termin nie został zawarty, nawet powołanie się na nią nie mogło prowadzić do skutecznego odstąpienia od umowy a tym samym brak było podstaw do uznania, iż zaistniały przesłanki z (...) żądania kary umownej w wysokości 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej.

Faktem jest również, że powód wskazał w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy, tj. piśmie z dnia 14 września 2012 r. ustawową podstawę odstąpienia od umowy a mianowicie art. 635 k.c. wobec, jak to określił, braku możliwości ukończenia zadania w umówionym terminie.

Uregulowanie zawarte w art. 635 k.c. ma charakter szczególny w stosunku do ogólnych unormowań dotyczących skutków niewykonania umów wzajemnych (w tym w szczególności wobec art. 491 k.c.), a zatem wyłącza stosowanie wskazanych przepisów ogólnych w zakresie odrębnie unormowanym. (tak A. Brzozowski (w:) K. Pietrzykowski, Komentarz, t. II, 2011, s. 423; K. Kołakowski (w:) G. Bieniek, Komentarz, t. II, 2006, s. 183)

Art. 635 k.c. ma charakter dyspozytywny, strony mogą zatem odmiennie ustalić przesłanki oraz skutki wykonania prawa odstąpienia. W szczególności dopuszczalne jest uzgodnienie, że odstąpienie odnosi się jedynie do niewykonanej jeszcze części stosunku obligacyjnego. (wyroki SN: z 9 września 2011 r., I CSK 696/2010, LexisNexis nr 3873674, OSP 2012, nr 7-8, poz. 78, z glosą W. Białończyka oraz glosą K. Pasko, „Glosa” 2013, nr 2, s. 68; z 23 stycznia 2008 r., V CSK 379/2007, LexisNexis nr 1806420, OSNC-ZD 2008, nr D, poz. 108; z 16 listopada 2005 r., V CK 350/2005, LexisNexis nr 392749, Biuletyn SN 2006, nr 3, s. 11)

Ponadto zgodnie z art. 656 § 1 k.c., przepisy o umowie o dzieło stosuje się odpowiednio do umowy o roboty budowlane m.in. w zakresie skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu, tj. art. 635 k.c. W treści art. 656 § 1 k.c. widoczne jest wyraźne rozróżnienie między terminowością a sposobem wykonania umowy o roboty budowlane, co odpowiada systematyce przepisów dotyczących umowy o dzieło, do których przepis ten odsyła, regulujących obie te kwestie odrębnie w art. 635 i 636 k.c.

Jeżeli przyjmujący zamówienie - zobowiązany do wykonania dzieła w umówionym terminie - opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, zamawiający może, jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła, od umowy odstąpić bez wyznaczania terminu dodatkowego. Odstępując od umowy w takiej sytuacji zamawiający zyskuje możliwość powierzenia wykonania dzieła innemu wykonawcy i uzyskania go w oczekiwanym przez siebie terminie. Prawo odstąpienia od umowy przez zamawiającego nie jest zależne od tego czy przyjmujący zamówienie zawinił opóźnienie. Jeżeli natomiast jest ono następstwem okoliczności, za które przyjmujący zamówienie ponosi odpowiedzialność, zamawiającemu przysługuje nadto na zasadach ogólnych roszczenie odszkodowawcze z tytułu niewykonania umowy.

Podkreślić również należy, iż w przypadku odstąpienia od umowy na podstawie art. 635 k.c. w zw. z art. 656 k.c. nie istnieje konieczność uprzedzenia Wykonawcy. Zatem dla samej skuteczności pod względem formalnym konieczne jest złożenie w formie pisemnej zgodnie z art. 61 k.c. oświadczenia, z którym pozwany się zapozna.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać wypada, iż w umowie strony zastrzegły, że orientacyjny termin wykonania zadania o pierwotnej nazwie wynosi 15 miesięcy. Już w tym miejscu zaznaczyć należy, że termin ten nie wiadomo jak został określony. W pkt. 6 umowy strony określiły orientacyjnie poszczególne terminy, w których kolejne etapy zarówno w zakresie projektowania jak również w zakresie wykonania mają być wykonane. Czas ten miał być odpowiednio liczony od dnia zawarcia umowy lub też od dnia uzyskania decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych lub też od uzyskania decyzji (...) lub pozwolenia na budowę. Licząc w/w terminy, wynoszą one łącznie 10 miesięcy. Co jednak istotne już sam Zamawiający przy szacowaniu terminu realizacji umowy, przyjął 3 miesiące od daty złożenia wniosku na uzyskanie decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych i 3 miesiące od daty złożenia wniosku na uzyskanie pozwolenia na budowę lub (...). Powyższe łącznie daje już 16 miesięcy a nie jak orientacyjnie przyjął powód 15 miesięcy, a tym samym, pierwszy możliwy najwcześniejszy termin realizacji powinien odpowiadać dacie 21 października 2012 r a nie jak to przyjął powód w piśmie z dnia 14 września 2012 r. – 21 września 2012 r. (k. 32)

Co istotne również, na w/w termin miały także wpływ przerwy w realizacji robót narzucone decyzją o uwarunkowaniach środowiskowych co już wskazywało, że przedmiotowy termin może ulec przesunięciu i nie zakończy się w przyjętych 15 miesiącach.

Przedstawione powyżej okoliczności jak również kolejne zdarzenia, które zaistniały w toku realizacji zadania, w tym związane z koniecznością podziału działki nr (...) z uwagi na wykonywanie na niej dwóch zadań przez powoda, co wpływało na rozszerzenie zakresu prac, zmianę kilometraża, prowadzi do wniosku, iż faktycznie w w/w terminie realizacja zadania nie byłaby możliwa.

Powyższe potwierdził również sam pozwany, domagając się zarówno zmiany terminu – czasu na ukończenie, określając go ostatecznie na wrzesień 2013 r.

Z uwagi zatem na powyższe złożenie przez powoda oświadczenia z dnia 14 września 2012 r. na podstawie art. 635 k.c. skutkowało rozwiązaniem umowy. Jak już wskazano uprzednio przedmiotowe oświadczenie wystosowane w w/w trybie nie wymagało powiadomienia, uprzedzenia ani zakreślenia jakiegokolwiek terminu.

Co jednak istotne dla zaistnienia przesłanek naliczenia kary umownej samo odstąpienie od umowy nie było wystarczające. Strony uzależniły bowiem przedmiotowe zobowiązanie od zaistnienia przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Z uwagi na rozkład ciężaru dowodu jaki obowiązuje przy roszczeniu z tytułu kary umownej nie ulegało wątpliwości, iż to pozwany zobligowany był do wykazania, iż brak możliwości wykonania umowy w terminie nawet pierwotnie umówionym nastąpił z przyczyn niezależnych od niego, przez niego niezawinionych.

Przedmiotową inicjatywę dowodową podjęli zarówno pozwany jak i interwenient uboczny, na skutek czego okoliczności przez nich przedstawione, wykazane, Sąd uznał za zdarzenia od nich niezależne a tym samym nie mogące skutkować obciążeniem pozwanego karą umowną określoną w (...).

Przede wszystkim, co już podkreślono na początku, a na co wskazał też w sposób jednoznaczny biegły sądowy bezsporne było, że Program Funkcjonalno-Użytkowy nie zawierał określenia parametrów mostu w sposób jednoznaczny, pozostawiał dowolność w zakresie koncepcji co w rezultacie skutkowało, po jej wyborze w dniu 31 sierpnia 2011 r., podjęciem prac dodatkowych w tym dowiezania niniejszego zadania do prac realizowanych przez (...) Sp. z o.o., zmianą nazwy zadania, zmianą kilometraża zadania a co najistotniejsze koniecznością podziału działki nr (...). Przedmiotowe elementy wpłynęły na czas realizacji zadania. Przede wszystkim jednak, co również podkreślił biegły w opinii z dnia 14 grudnia 2015 r. (k. 742) po pierwsze sam powód nie określił od początku jednoznacznie granicy opracowania zarówno dla zadania realizowanego przez pozwanego jak i zadania powierzonego (...) Sp. z o.o. a po drugie brak możliwości dokonania wtórego podziału działki o nr ewidencyjnym (...) B. bez przeprowadzenia ostatecznego podziału tej działki przez (...) Sp. z o.o., uzyskania ostatecznej decyzji (...) i wprowadzenia zmian do zasobu geodezyjnego (...) Ośrodka Geodezji i (...). W toku postępowania ustalono również, że powyższe czynności zostały dokonane dopiero w 2014 r. Tym samym nie ulega wątpliwości, iż przygotowanie wszystkich dokumentów koniecznych do wydania decyzji (...) w tym w związku ze zmianą nazwy zadania i zaistniałą koniecznością podziału działki nr (...), w sytuacji gdy przedmiotowego podziału z uwzględnieniem warunków zdania realizowanego przez pozwanego odmówił (...) Sp. z o.o., nie było możliwe w terminie 2 miesięcy od wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, czy też jego poprawienie, uzupełnienie a przedmiotowy stan jak wynika z decyzji Wojewody (...) trwał co najmniej do dnia 18 września 2014r. (decyzja k. 775-783)

Te już względy skutkowały uznaniem, iż pozwany nie miał wpływu na zaistnienie okoliczności, od których uzależniona była dalsza realizacja zadania a przede wszystkim dotrzymanie orientacyjnie umówionego terminu, który jak już wskazano nawet bez w/w okoliczności wcale nie musiałby zakończyć się w 2012 roku, czyli w roku, do którego powód posiadał finansowanie projektu.

Ponadto odnieść się również należy do początkowych okoliczności, na które jeszcze zgodnie z subklauzulą 15.2 powód powoływał się jako zachowania pozwanego uzasadniające przyjęcie, że niedochowanie terminów leży po jego stronie.

Niewątpliwie pierwszą kwestią było przygotowanie koncepcji, której wybór i zaakceptowanie należało ostatecznie do Zamawiającego. Co istotne dla jej wykonania jak wskazuje powód konieczne było wykonanie obliczeń hydraulicznych i hydrologicznych albowiem one rzutowały na długość obiektu. (pkt. 2.2.1 (...) k. 283v) Termin wykonania i zaakceptowania koncepcji wynosił 1 miesiąc od podpisania umowy czyli kończył się z dniem 21 lipca 2011 r. Pierwsze koncepcje zostały przedstawione jeszcze przed upływem terminu nie mniej jednak jeszcze pismem z dnia 2 sierpnia 2011 r. powód wezwał pozwanego do złożenia w/w obliczeń, które wpłynęły do Zamawiającego w dniu 4 sierpnia 2011r. (k. 154). Zwrócić od razu należy uwagę na fakt, że to powód dopiero w dniu 12 sierpnia 2011 r. wyznaczył termin posiedzenia (...) na dzień 16 sierpnia 2011 r. a ostatecznie posiedzenie, na którym wybrana została koncepcja, odbyło się dopiero 31 sierpnia 2011 r. Na podkreślenie zasługuje również fakt, iż przedmiotowa koncepcja została zaakceptowana przez powoda jak również, że dopiero na w/w tym spotkaniu powód przedstawił dwie kolejne informacje rzutujące na nazwę zadania oraz zakres prac a mianowicie dotyczyło to kwestii wyniesienia rzędnej spodu konstrukcji mostu i zlecenia projektantowi uzgodnienia styków projektowych z autorem dokumentacji zabezpieczenia osuwiska. (protokół nr (...) k. 158-161) W ocenie Sądu ostatecznie nie można czynić pozwanemu zarzutu co do okresu od 4 do 31 sierpnia 2011 r., skoro wyznaczenie daty posiedzenia (...) należało wyłącznie do powoda i to on ustalił ją na dzień 31 sierpnia 2011 r. a przygotowanie kolejnych koncepcji wiązało się z przekazaniem pozwanemu danych, które ostatecznie wpłynęły na zakres prac a przede wszystkim zmianę przedmiotu zamówienia.

Warto również podkreślić, iż na czas przygotowania koncepcji jak wskazał biegły nie pozostawały bez wpływu niejednoznacznie sformułowane wymagania obiektu zawarte

w Programie F.-Użytkowym, w którym w sposób jednoznaczny powód powinien określić warunki brzegowe zadania objętego zamówieniem publicznym. Dodać także wypada na co zwrócił uwagę biegły, iż w samej umowie zawartej w dniu 21 czerwca 2011 r. znajdują się nieścisłości co do zapisów umożliwiających jednoznaczną interpretację nazwy zadania biorąc pod uwagę definicję „przebudowy” zawartą w ustawie prawo budowlane, w ramach której pomimo wykonania zleconych zmian nie mogą one obejmować kubatury, parametrów zabudowy, wysokości, długości, szerokości a w przypadku dróg zmian dotyczących granic pasa drogowego. Jednocześnie przedmiotowe rozbieżności wynikały z dalszych oczekiwań powoda wskazanych w (...), w których określono, że pozwany ma przygotować materiały albo do pozwolenia na budowę albo decyzji (...) co mogło sugerować, iż przedmiotem będzie rozbudowa a nie tylko przebudowa. Przedmiotowe rozbieżności, w ocenie Sądu, nie odpowiadały wymaganiom jakie powinien spełniać opis przedmiotu zamówienia, co z pewnością utrudniało przygotowanie koncepcji projektowej. Ponadto wbrew twierdzeniom powoda, iż przygotowana koncepcja przepustu już z uwagi na wymagania wynikające z przepisów prawa była nieprawidłowa, jak wskazał biegły w toku ustnego opiniowania, zawsze jest możliwe wystąpienie do wojewody o odstępstwo od warunków technicznych. Taki też zapis, przewidujący możliwość złożenia wniosku o odstąpienie od wymagań technicznych wbrew twierdzeniom powoda, został również przewidziany w (...) pkt. 2.8.1.3.1. (k. 290, opinia uzupełniająca biegłego mgr inż. M. K. z dnia 04.05.2016r. k. 809-811, k. 812)

Kolejny istotny etap, który zdaniem powoda uległ aż przedłużeniu o 163 dni dotyczył przygotowania materiałów do uzyskania decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych. Wniosek miał być przygotowany przez pozwanego w terminie 2 miesięcy od podpisania umowy, czyli do 21 sierpnia 2011 r. Ostatecznie po wyborze koncepcji wniosek ten został przedstawiony przez pozwanego już na początku września 2011 r., zaś powód złożył go 16 września 2011r. Ostatecznie decyzja została wydana dopiero w dniu 27 lutego 2011r. Podkreślić wypada, iż sam powód już w umowie w pkt. 6 przewidywał 3 miesiące na wydanie tej decyzji, czyli 90 dni liczone od dnia złożenia wniosku, który to obowiązek spoczywał na powodzie i zazwyczaj trwał od 5 do 10 dni. Przyjmując zatem nawet pierwotne daty przedmiotowa decyzja i tak mogłaby być najwcześniej uzyskana (21 sierpnia 2011 + 10 dni na złożenie wniosku = 31 sierpnia 2011 r.) – 30 listopada 2011 r. Tym samym gdyby nawet przyjąć, że istniało opóźnienie to wyniosłoby ono 89 dni a nie jak wskazał powód 163 dni. Co jednak istotne, jak zaznaczył biegły wezwania do uzupełnienia braków wniosku o wydanie decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych – dot. uzupełnienia karty informacyjnej – odnosiły się do okresów prowadzenia prac związanych z ochroną przyrody i nie powinny być wymagane od Inwestora/Wykonawcy. Działanie w tym zakresie organu opiniującego określił biegły jako nieprofesjonalne oraz jako mające wpływ na opóźnienie w realizacji przedsięwzięcia. Dodać również wypada, iż zakres karty informacyjnej dołączanej do wniosku o wydanie

decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych określa lakonicznie art. 3 pkt. 5 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz ocenach oddziaływania na środowisko (Dz. U. z 2008r. nr 199 poz. 1227 ze zm.), i to wnioskodawca sam odnosi się do poszczególnych punktów, które podlegają opisaniu. To natomiast czy organ opiniujący wzywa do uzupełnienia karty czy odstępuje od tego zależy od subiektywnej oceny tegoż organu. Jak podkreślił biegły z uwagi na w/w sposób rozpatrywania wniosku i subiektywnego podejścia osoby, która dokonuje tych czynności nie sposób też uznać aby nawet wezwania do uzupełnienia tej karty mogły być uznane za braki. (opinia biegłego mgr inż. M. K. k. 742, opinia uzupełniająca biegłego mgr inż. M. K. k. 811-812)

W późniejszym okresie czasu Wykonawca podejmował działania niezwłocznie, a przy tym wielotorowo, tj. przygotowując projekt budowlany i uzyskując odpowiednie pozwolenia. (opinia biegłego mgr inż. M. K. k. 742, zeznania świadków A. W. i J. M.)

Co do kwestii nie uzyskania decyzji (...), która stała się de facto przyczyną odstąpienia od umowy (powyższe potwierdził powód w piśmie z dnia 10.10.2012r.), wobec pozostawienia wniosku o jej wydanie bez rozpoznania, zostały już przedstawione rozważania przy ocenie odstąpienia od umowy na podstawie art. 635 k.c. W tym miejscu jedynie należy podsumować, iż de facto dopiero nie uzyskanie w/w decyzji stanowiło podstawę do podjęcia przez powoda działań zmierzających do wezwania pozwanego do zintensyfikowania prac. Nigdy wcześniej żadne opóźnienia nie były ani przedmiotem wezwania do poprawy ani żądania większej mobilizacji a sam powód nie wskazywał, iż w jakikolwiek sposób obciążają pozwanego. Dopiero pozostawienie wniosku o wydanie decyzji (...) stało się asumptem do wszystkich wezwań, w tym do wskazania, że istnieje zagrożenie w realizacji zadania w terminie, a jednocześnie utraty finansowania. Powyższe jednak, na co już wskazano powyżej, nie było zależne od działań pozwanego, który nawet po wezwaniu go do uzupełnienia przedmiotowego wniosku nie mógł podjąć żadnych czynności w zakresie podziału działki (...). W tym miejscu jednocześnie podkreślić należy, że pomimo, iż to na pozwanym faktycznie spoczywał obowiązek przedstawienia koncepcji, to jednak Zamawiający, co wprost wynika z zapisów (...) miał głos decydujący a przy tym najpełniejszą wiedzę na temat innych zadań, które mogłyby kolidować z inwestycją określoną umową z dnia 21 czerwca 2011r. Jak podkreślił biegły to jednak ostatecznie od powoda zależało jaka koncepcja będzie realizowana, i to on godząc się na wykonanie mostu jednoprzęsłowego zgodził się również na związany z tym zakres prac odnośnie podziału działki ewidencyjnej nr (...). W ramach kompetencji powoda pozostawała również możliwość nie przyjęcia w/w koncepcji, domaganie się przygotowania innego projektu niewymagającego zmiany granic pasa drogowego, z czego jednak powód nie skorzystał. Ponadto powód miał możliwość takiego skoordynowania prac projektowych (obie inwestycje realizowane na jego zlecenie) aby uniknąć sytuacji „nachodzenia” na siebie inwestycji, lub też uzgodnić z Wykonawcą inne rozwiązania techniczne umożliwiające lokalizację całej inwestycji w pasie drogowym. Wobec nie podjęcia w/w działań brak jest teraz podstaw do przerzucania odpowiedzialności za konieczność dokonania podziału działki nr (...) i brak możliwości wykonania takich działań przez pozwanego z uwagi na inną inwestycję również realizowaną na tej samej działce lecz przez innego wykonawcę a mianowicie (...) Sp. z o.o., wyłącznie na pozwanego. Ponadto jak wskazał biegły dla oceny zaistniałej sytuacji nie istnieje również potrzeba teoretyzowania, że było możliwe inne rozwiązanie albowiem właśnie taka a nie inna koncepcja została przyjęta przez powoda. To czy było możliwe przygotowanie koncepcji projektowej, w ramach której rozbudowa nie wiązałaby się z koniecznością wyjścia poza pas drogowy, jak wskazał biegły jest teoretycznie możliwa niemniej jednak dla ostatecznego w tym zakresie ustalenia należałoby dokonać również oceny uwarunkowań środowiskowych wyznaczonych przez stosowany organ oraz rozwiązań technicznych zaproponowanych na sąsiednim odcinku.

Z uwagi na powyższe Sąd uznał, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie można przypisać pozwanemu odpowiedzialności za okoliczności, które legły u podstaw odstąpienia od umowy dokonanego w trybie art. 635 k.c. w takim zakresie jak tego wymagały przesłanki do zaktualizowania się roszczenia z tytułu kary umownej określonego w (...)ale i również, niezależnie od nieważności, nieskuteczności odstąpienia w oparciu o (...), obciążyć w całości i wyłącznie i w takim zakresie

w jakim wskazywał powód opóźnieniami podanymi w oświadczeniu z dnia 14 września 2012r. Brak podstaw do uznania, iż przyczyny odstąpienia były zależne od Wykonawcy, nie kwestionując oczywiście części opóźnień, które faktycznie zaistniały a na które wskazuje samo porównanie czasu wykonania prac i czasu na ich wykonanie określonego w pkt. 6 umowy, musiało prowadzić do wniosku, skutkowało w ocenie Sądu uznaniem, że powództwo o zasądzenie kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy było bezzasadne.

Z tych też względów Sąd oddalił powództwo w całości.

Już tylko ubocznie zaznaczyć należy, iż wskazana przez powoda data żądania odsetek ustawowych była również niewłaściwa, skoro nota obciążeniowa sporządzona w dniu 19 listopada 2012 r. została przygotowana nieprawidłowo i nawet wezwanie do jej zapłaty nie mogło być uznane za skuteczne. Przedmiotową notę podpisał bowiem wyłącznie Z-ca Dyrektora Oddziału GDDKiA przez co nie został zachowany sposób reprezentacji obowiązujący w jednostce organizacyjnej Skarbu Państwa – tj. w tym przypadku zgodnie z art. 18 czy art. 18a ustawy z dnia 21 marca 1985 roku (j. t. Dz. U. z 2015r. poz. 460) i art. 17 i ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r. o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa (j.t. Dz. U. z 2016r. poz. 154), realizowany przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad czy Dyrektora właściwego Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad lub jak wynika z Regulaminu organizacyjnego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad przez dwóch pełnomocników upoważnionych przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad działających łącznie - § 6.

Z uwagi na powyższe za prawidłowe i skuteczne należało dopiero uznać notę wystawioną w dniu 11 grudnia 2012 r. (k. 274), która została podpisana przez dwóch pełnomocników uprawnionych do działania łącznie. W oparciu jednak o w/w notę powód nie wezwał pozwanego do zapłaty żądanej kwoty, stąd też gdyby roszczenie było zasadne, odsetki od przedmiotowej kwoty należałyby się, zgodnie z art. 455 k.c., dopiero od dnia doręczenia odpisu wniosku o zawezwanie do próby ugodowej.

W tym miejscu również już tylko ubocznie należy odnieść się do kwestii miarkowania kary umownej, co zostało zgłoszone przez pozwanego na wypadek nie uznania okoliczności, które zdaniem Wykonawcy były niezależne od niego a skutkowały niedotrzymaniem umówionych terminów, a ostatecznie nie uzyskaniem decyzji (...).

Zaznaczyć należy, że przesłanki umożliwiające miarkowanie wynikają wprost z art. 484 § 2 k.c., zgodnie z którym, jeżeli zobowiązanie zostało wykonane w znacznej części, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Obie przesłanki miarkowania są równorzędne, zatem wystąpienie którejkolwiek z nich uzasadnia zastosowanie w/w instytucji.

Nie ulega wątpliwości, że instytucja sądowego obniżenia kary umownej ma na celu zapewnienie dłużnikowi ochrony przed nadmiernie dotkliwymi skutkami tej sankcji wynikającej z kontraktu. W instytucję kary umownej na podstawie wskazanego przepisu - jest wpisana możliwość sądowej ingerencji, która w sposób oczywisty narusza autonomię woli stron zastrzegających karę umowną w określonej wysokości.

W niniejszej sprawie powód wskazał na ostatniej rozprawie, iż jego zdaniem miarkowanie w/w kary byłoby zasadne do wysokości 10% wartości naliczonej kary gdyż szereg problemów zaistniało na skutek błędów w Programie F.-Użytkowym przygotowanym przez powoda. W ramach przeprowadzonej oceny Sąd wskazał już na błędy w/w dokumentu oraz ich wpływu na przygotowanie koncepcji projektowej a następnie zakres prac, w tym szczególnie związany z koniecznością dowiązania styków do innego projektu i wyjściem poza pas drogowy, podział działki nr (...). Przedmiotowy Program F.-Użytkowy, sformułowany w sposób niejednoznaczny, nieprawidłowy, pozostawiał dowolność różnych rozwiązań technicznych.

Jak już wskazano ocena w/w przesłanek w kontekście uznania roszczenia za bezzasadne w całości z innych przyczyn jest zbędna, niemniej jednak przedstawione okoliczności,

w kontekście ostatecznie utraty finansowania zadania z końcem 2012 r. i nie podjęcie działań, aby przedmiotowe finansowanie utrzymać, z pewnością podlegałyby rozważeniu jako spełniające warunki do dokonania miarkowania kary umownej.

Zwrócić również należało uwagę na fakt, iż wysokość kary umownej jest wyższa niż kwota uzyskana za wykonane już prace projektowe (stosunek 71 500 zł do 118 000 zł) a także trzykrotnie wyższa niż wynagrodzenie ryczałtowe, które byłoby należne za prace projektowe związane z uzyskaniem wymaganej decyzji (...) czyli tym etapem, które nieukończenie stało się asumptem do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

Rozstrzygnięcie w zakresie kosztów postępowania Sąd oparł na treści art. 98 k.p.c. i art. 107 zd. 3 k.p.c. mając na uwadze fakt, iż powództwo jako bezzasadne zostało w całości oddalone. Zgodnie zatem z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania Sąd obciążył zarówno kosztami poniesionymi przez pozwanego jak również interwenienta ubocznego w całości stronę powodową.

Na koszty postępowania po stronie pozwanej składały się wyłącznie opłata skarbowa od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł, wynagrodzenie pełnomocnika strony powodowej ustalone zgodnie z § 6 pkt. 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r.

w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (j.t. Dz. U. z 2013 r. poz. 490) w zw. z § 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 r. poz. 1804) w wysokości 3 600 zł, kwoty uiszczone tytułem wynagrodzenia za opinię pisemną oraz opinię uzupełniającą

w łącznej wysokości 1 086,50 zł wypłacone z zaliczki pozwanego. (583 zł wypłacone na podstawie postanowienia z dnia 18.12.2015r. k. 749 i 503,50 zł wypłacone na podstawie postanowienia z dnia 19.05.2016r. k. 823)

Łącznie koszty poniesione przez pozwanego odpowiadały kwocie 4 703,50 zł. i w takiej też wysokości Sąd obciążył nimi powoda o czym orzeczono w pkt. II wyroku.

Na koszty poniesione przez interwenienta ubocznego działającego po stronie pozwanej, którego wnioski również przyczyniły się do wyjaśnienia kwestii istotnych dla rozpoznania sprawy składały się: opłata od interwencji ubocznej w wysokości 1 180 zł, opłata skarbowa od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł, wynagrodzenie pełnomocnika strony powodowej ustalone zgodnie z § 6 pkt. 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r.

w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (j.t. Dz. U. z 2013 r. poz. 490) w zw. z § 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 r. poz. 1804) w wysokości 3 600 zł, kwoty uiszczone tytułem wynagrodzenia za opinię pisemną oraz opinię uzupełniającą

w łącznej wysokości 1 086,50 zł wypłacone z zaliczki interwenienta ubocznego. (583 zł wypłacone na podstawie postanowienia z dnia 18.12.2015r. k. 749 i 503,50 zł wypłacone na podstawie postanowienia z dnia 19.05.2016r. k. 823)

Łącznie koszty poniesione przez interwenienta ubocznego odpowiadały kwocie 5 883,50 zł. i w takiej też wysokości Sąd obciążył nimi powoda o czym orzeczono w pkt. III wyroku.

Ponadto wobec faktu, iż kwota uiszczonej przez pozwanego i interwenienta ubocznego na poczet wynagrodzenia biegłego zaliczki okazała się wyższa niż wynagrodzenie przyznane odpowiednio postanowieniem z dnia 18 grudnia 2015 r. i 19 maja 2016 r., Sąd na podstawie art. 84 ust. 1 i 2 w zw. z art. 80 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (j.t. Dz. U. z 2016 r. poz. 623) nakazał zwrócić każdemu z w/w kwotę po 1 913,50 zł, co stanowi różnicę pomiędzy kwotą zaliczki w wysokości 3 000 zł a kwotą wykorzystaną 1 086,50 zł. Rozstrzygnięcie w tym zakresie zawarto w pkt. IV i V sentencji wyroku.

# ZARZĄDZENIE

Odpis wyroku z uzasadnieniem proszę doręczyć Prokuraturii Generalnej SP jako reprezentantowi powoda.